



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PROCEDIMIENTO: J. ORDINARIO Nº 268/18

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 29 DE SEVILLA

SENTENCIA Nº45/18

En Sevilla, a 23 de noviembre de 2018.

VISTOS por la Sra. Dña. Mª de los _____, Magistrado Juez Titular del Juzgado de primera instancia número 29 de los de este Partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, registrados con el número 268/18 de los asuntos civiles de este Juzgado; en el que han sido partes: Dª _____, representada por el Procurador Dª _____ y asistido por el Letrado D. DANIEL NAVARRO SALGUERO, como demandante, la entidad bancaria CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador D. _____ y asistido por el Letrado Dª _____, como demandada teniendo como nulidad de clausulas abusivas, se procede, a dictar la presente Resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador Sr. _____ en la representación de la parte demandante referida, se presentó demanda, en la que se interesaba se declarara la nulidad de la cláusula de la escritura de préstamo hipotecario concertada entre las partes, por la que se fijaba la limitación a la variación de los tipos de interés, clausula suelo. Así mismo se interesa la declaración de nulidad de la clausula de imposición de gastos notariales registrales y de gestoria al prestatario, y en consecuencia se condene a la demandada a la devolución del exceso de intereses cobrados desde la aplicación de la limitación del tipo de interés, con sus correspondientes interese legales desde la fecha del cobro indebido, así como de las cantidades indebidamente abonadas por la actora por tales gastos de Notaría Registro y gestoría, con condena al pago de las costas causadas en el pleito.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada para que compareciera en el procedimiento, en forma y contestara a la demanda, bajo los correspondientes apercibimientos legales. Que la entidad demandada, a través de su representación procesal, contestó oponiéndose a la reclamación planteada de contrario, oponiendo con carácter previo falta de litisconsorcio pasivo necesario, que no obstante renunció en la A.P.. Ad cuatelam se opone negando la condición de consumidora de la codemandante y por ende que resulte al presente la normativa tuitiva de consumidores, así como alegando la validez de las clausulas en los términos establecidos en la escritura, ya que los hoy actores recibieron una información transparente y clara que impide anular la cláusula suelo objeto de este procedimiento, lo cual resulta de los actos propios de la actora, que conocían y aceptaban la clausula y sus efectos, así como de su obligación de pago de los gastos por los que reclama su devolución. Interesando se desestime la demanda íntegramente, con imposición de costas a la actora

Celebrada la Audiencia Previa, en la que se acordó con carácter previo fijar el pleito como de cuantía indeterminada, centrando la controversia en la validez de la clausula, interesaron el



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

recibimiento a prueba del pleito, admitiéndose de la prueba propuesta tan solo documental, por lo que quedaron los autos vistos para sentencia, conforme al 429.8º LEC, tal como consta en Acta, que quedó recogida en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, que forma parte de las actuaciones.

TERCERO.- La parte demandante propuso documental, más documental y testifical.

Por la parte demandada se propuso documental aportada con la contestación a la demanda, interrogatorio de parte y testifical.

Admitiéndose toda la propuesta como documental, e inadmitiéndose el interrogatorio de parte y la testifical, por innecesarios, así como la más documental por extemporánea, con resultado que consta grabado en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, quedaron los Autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La actora, interpone la demanda por la que se inicia este pleito interesando la nulidad de la cláusula relativa a los intereses por considerarla abusiva y falta de transparencia al ser una condición general de la contratación en la que los demandantes, adherentes no fueron informados de los límites mínimo y máximo a los intereses ordinarios estipulados, adoleciendo de falta de transparencia, así como la nulidad de la Clausula financiera de la Escritura litigiosa firmada entre las partes que imputa al prestatario los gastos de Notaría, Registro y gestoría generados por la misma.

Se cuestiona, por tanto, la validez o nulidad de las clausulas suelo e imposición de gastos al prestatario, negándose por la demandada su carácter abusivo, dada la claridad de los términos en que se expresa y que ha sido pactada expresa e individualmente con los ejecutados, como resulta de la documental por ellos aportada.

En todo caso, es previo a dicho examen, la consideración de consumidor y por ende la aplicación de la Legislación de protección de defensa de consumidores y usuarios, así como la Jurisprudencia invocada tanto del TJUE como del TS, su finalidad exclusiva es la apreciación o no de cláusulas abusivas únicamente oponibles por quien ostente la condición de consumidor, a saber la descrita en el art.3 del TRLGDCU, que lo limita a aquellas personas físicas o jurídicas que actúen en el ámbito ajeno a una actividad empresarial y profesional. Así mismo se ha de analizar la “abusividad” de la cláusula en el contexto de “la buena fe contractual” y atendiendo a si se causa o no un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (art 3 de la Directiva comunitaria 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores); de igual modo, el carácter abusivo se determinará tendiendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (art 4 de la Directiva), por cuanto la eventual oposición por cláusulas abusivas, lo serían por el posible desequilibrio que hubiere podido surgir entre las partes contratantes.

En este caso, no se acredita que la demandante, pese a que el coprestatario fuere autónomo a la fecha de la contratación del préstamo, ostentaba las condiciones subjetivas exigidas por la Ley para invocar la protección de consumidores y usuarios que permita apreciar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, ya que de la documental aportada por la demandada no resulta que el negocio se hubiese desarrollado en el marco de una actividad empresarial propia de aquella, pues la finalidad esencial del préstamo, según resulta de la Escritura era la refinanciación, según refiere genericamente, lo cual resulta insuficiente para que permita excluir conforme a la interpretación flexible del concepto de consumidor que hace el TJUE. Este mismo concepto de consumidor referido al ámbito de la operación y no la personalidad del contratante es también el seguido por el TS en sus STS de 5 de abril de 2017 y 7 de noviembre de 2017. En el presente la demandada



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

acredita que el coprestatario, no la demandante, es autónomo, pero no que el préstamo lo destinase a actividad empresarial propia, puesto que en la Escritura aparece como destino del mismo la financiación, lo que se corresponde con la finalidad alegada por la actora de la liquidación de una herencia. Dicha documental aportada con la demanda resulta suficiente para acreditar la condición de consumidora de la actora, sin que por ello hayan sido necesarias la prueba testifical del coprestatario o de interrogatorio de la actora.

Por tanto se acredita que, al contratar, la actora actuaba en el marco del derecho de consumidores y usuarios, por lo que procede la aplicación de la normativa de defensa de los mismos.

Ello nos lleva a entrara a conocer sobre el fondo del asunto y en primer término sobre la validez de la clausula limitativa de los tipos de interés, suelo, La reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que *"serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"*. El apartado 2 establece que *"en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*. La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

En concreto, debe estarse a lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013, que analiza la cláusula suelo como condición general de la contratación, y establece:

Como requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Por otra parte, no hay duda que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula y la imposición de ésta. Y ello porque el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al



ADMINISTRACION
DE
JUSTICIA

consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. De este modo y como con acierto señala el T.S en dicha sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, *"tal consentimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC EDL1889/1 -"(n)o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes (...)"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual: las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo"*.

En el caso de autos, estamos ante una cláusula general, no negociada individualmente, cuya redacción viene determinada por la entidad de crédito, si bien, de lo que se trata es de determinar si ésta resulta o no abusiva, es decir, si causa un desequilibrio en detrimento del consumidor.

La STS de 9 de mayo de 2013 examina la licitud de las cláusulas suelo y concluye que :

"256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso..."

En el presente , a la vista de los términos de la cláusula cuya validez se cuestiona, debe ésta, siguiendo la Jurisprudencia indicada considerarse ilícita, toda vez que se inserta el pacto en la clausula que fija el interés variable, lo que indudablemente impide apreciar la claridad exigida conforme a la Jurisprudencia anterior, ya que la fijación de topes máximo y mínimo de tales intereses en la referida a interés variable induce indudablemente a confusión . Por tanto cabe apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula y su consiguiente nulidad.

En este sentido se ha pronunciado la STS de 25 de diciembre de 2015, que considera nulas las clausulas suelo incluidas en estos contratos, sin que conste en autos que la demandada desarrollase una actividad de información personalizada con los actores, ya que hubo existido una oferta vinculante, sin embargo no se acredita la actividad previa negociadora al no aportarse ningún documento acreditativo de información de distintos escenarios o comparativas o cualquier otro que revele la existencia de negociaciones previas e información adecuada al cliente, lo que conforme a



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

la STS referida la documental aportada se revela insuficiente para pasar el control de transparencia exigible para considerar la validez de la cláusula.
En consecuencia, conforme a la STS referida la prueba practicada es insuficiente para pasar el control de transparencia exigible para considerar la validez de la cláusula.

TERCERO.- Declarada la nulidad de la cláusula, cabe determinar las consecuencias de dicho pronunciamiento. Siguiendo el criterio sostenido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que declara la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula declarada abusiva, deja sin efecto la Jurisprudencia fijada en la STS 25 marzo 2015 que limitaba dicha eficacia retroactiva, por lo que procede condenar a la devolución del exceso cobrado en aplicación de dicha cláusula desde el inicio del préstamo.

Las cantidades cuya devolución se interesa devengarán sus correspondientes intereses legales desde la fecha de cada cobro periódico hasta su efectiva retribución, art. 1108 C.C..

CUARTO.- Respecto a la de la nulidad de la Clausula financiera de la Escritura litigiosa firmada entre las partes que imputa al prestatario los gastos de Notaría, Registro y gestoría generados por la misma, fundamenta la actora su pretensión en la STS 705/2015, ya que en aquella se resuelve sobre una cláusula similar a la que nos ocupa. No obstante, debe distinguirse que en dicho procedimiento se ejercitaba un acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual y a la declarativa se acumula una pretensión de condena. Se pronuncia la SAP de Pontevedra de 31 de marzo de 2016 en un supuesto análogo al presente: "...Se trata de juzgar sobre el carácter abusivo de una cláusula, que opera como condición general de contratación, en un contrato de préstamo hipotecario que impone al consumidor, sin ninguna limitación ni especificación adicional, el pago de los gastos y tributos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario...No se discute ni el carácter de condición general de la contratación de la cláusula transcrita, ni la condición de consumidores del prestatario ahora demandantes. Sin embargo, la peculiaridad del presente litigio radica en que no sólo se pretende un control abstracto de la cláusula en cuestión, desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de la nulidad en forma de restitución de las cantidades percibidas por el predisponente en aplicación de la cláusula."

En idéntico sentido la Sap de Asturias de de 28 de septiembre de 2017: "respecto la cláusula controvertida, no cabe duda que se trata de una cláusula general predispuesta por la entidad financiera que no fue objeto de negociación individual y en este sentido el carácter omnicomprendivo de la repercusión de gastos que contempla, al alcanzar a todos los derivados de la concertación del contrato de préstamo, abstractamente considerada y en su propia literalidad, justifica, de acuerdo con la doctrina sentada por el TS en su sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015, la declaración de abusividad y consiguiente expulsión del contrato.

Ahora bien, como ha señalado esta Audiencia, particularmente la Sección 6ª, en sentencias de 27 de enero y 2 de junio de 2017 " como quiera que, -a diferencia de la acción enjuiciada por el Alto Tribunal en la precitada sentencia, no otra que la acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello no solo de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato, sino lo que es mas relevante del resultado de su aplicación en la practica por la entidad financiera-, en el concreto supuesto enjuiciado, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, en este punto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que una vez expulsada la misma del contrato, el reintegro o no que se pretende de los gastos

asumidos por el consumidor en su aplicación dependerá en cada caso de lo que establece el derecho positivo.

Quiere decirse con ello que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzará al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida de gastos que a la misma correspondían; de hecho la *sentencia de 23 de diciembre de 2015 del Pleno del TS* ordena la cesación en el uso de dicha cláusula por la atribución indiscriminada al consumidor de cuantos gastos comporte el negocio en cuestión, pero por el contrario razona abiertamente que al menos una parte de ellos han de ser de cargo del prestatario, de manera que en relación a estos no puede decirse que la cláusula sea abusiva.

Es decir, en el marco de la acción individual de nulidad de una condición general de contratación puede y debe discriminarse aquellos extremos que puedan merecer dicha sanción, frente a los que por el contrario hayan de conservar plena validez y eficacia, porque el artículo 82.2 del RDLeg 1/2007 admite la nulidad parcial cuando advierte que, " El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato."; es verdad que el precepto solo alude a la negociación individualizada de la cláusula o de parte de la misma, pero es obvio que cuando la condición general de que se trate simplemente transcriba la solución prevista en la norma vigente al tiempo del otorgamiento no podrá decirse que causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor y usuario, pues en definitiva esa era carga que ya le venía impuesta por el derecho positivo.

Por el contrario cuando la condición traslade al consumidor gastos que deberían correr a cargo del empresario habrá que apreciar abusividad, con la consiguiente obligación de reintegro de aquellos gastos que hayan sido impuestos injustificadamente al consumidor..."

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

Es así que el carácter omnicomprensivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprensividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

Y este primer análisis, ya fallido en contra del Banco predisponente, sería en sí mismo suficiente para declarar la nulidad de la cláusula en cuestión. No obstante, también conviene hacer referencia a la indagación del contenido de la cláusula desde el punto de vista de las previsiones legales específicas, pues se está en el caso de que algunos de los pasajes de la misma estarían comprendidos en la lista de cláusulas abusivas calificadas directamente como tales por el TRDCU.

En efecto, entran en juego en el presente caso los siguientes preceptos, que se destacaban en la Sap de Pontevedra antes transcrita :

-Art. 89.2 conforme al cual son cláusulas abusivas, en todo caso: "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables".

-Art. 89.3: "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario". Y este mismo apartado atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (siendo la financiación una faceta o fase de dicha adquisición, como así advierte el *Tribunal Supremo en S. de 23 de diciembre de 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 (letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario (letra c).

-Art. 89.4: cláusulas que tiene por objeto "imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados".

-Art. 89.5: cláusulas que impongan al consumidor "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 efecto, examinando las distintas partidas de gastos contenidas en la cláusula , se hace patente que, mediante la misma, se atribuyen al prestatario-consumidor, una serie de importes que, conforme a la ley, no deben corresponder nunca al mismo.

Todo ello nos lleva a estimar íntegramente la pretensión declarativa de nulidad, sin perjuicio de examinar cada uno de los gastos reclamados en aplicación de la misma y la procedencia o no de su devolución respecto al ejercicio acumulado de la acción de reclamación de las cantidades abonadas en concepto de aranceles Notariales, registrales y gastos de gestoría , por la hoy actora.

QUINTO.- Continúa la citada sentencia de la A.P. de Asturias examinando el gasto de Notaría y Registro, reclamados en el presente, en este sentido continua :

"... **CUARTO.-** En lo que se refiere a los **gastos notariales**, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel



ADMINISTRACION
DE
JUSTICIA

de los Notarios, prevé que 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, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo. En supuestos como el presente en los que no es dable distinguir los conceptos por los que se minuta por el Notario autorizante, esta Audiencia ha optado por diferentes soluciones. Así la Sección Sexta, en las sentencias citadas, parte de la citada sentencia del Tribunal Supremo que "pondera que "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, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado 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 (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."

En consecuencia, la tesis del Supremo es que la cláusula discutida es abusiva porque "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"; y sentada esa premisa el Tribunal concluye que la estipulación 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). Y continúa razonando el Alto Tribunal "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."; así pues el TS se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiéndolo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista".

Sobre la base de este antecedente jurisprudencial concluye que "el de trance de distribuir el coste que nos ocupa constata que la práctica más común es que ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que la minuta no diferencia el coste del préstamo del que corresponde a la garantía; por ello, a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes".

Por el contrario la *Sección 5ª en su sentencia de 26 de mayo de 2017*, con cita de las de 1 y 17 de febrero del mismo año, también parte de lo razonado por el Tribunal Supremo en su resolución, pero repercute la totalidad de dicho gasto en la entidad financiera, y señala que "no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples. Ello ha de llevar en consecuencia a la necesidad de una previa negociación individual en la que se habrían de determinar qué gastos corresponderían a uno y otro contratante. De no ser así, y como en el caso examinado ha existido una imposición al consumidor de la totalidad de los gastos, sin discriminación alguna ni negociación individual, prueba ésta que compete al empresario (art. 82-2 TRLGCU), la consecuencia no puede ser sino que dicha estipulación ha de considerarse abusiva, y por tanto nula, ya que ha causado un desequilibrio en el consumidor, tal y como se afirmó en la citada sentencia del TS".

.....

Es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco y se considera que en efecto es abusiva....".



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

De la sentencia transcrita resultan dos interpretaciones respecto de quien sea el obligado al pago de tales gastos, que también contempla entre otras la SAP de Soria de 22 de enero de 2018.

Si bien, la una parte de la Jurisprudencia opta por atribuir los gastos por mitad, en este sentido esta última o la SAP de Asturias de 19 de enero de 2018 considera que “ concertándose dos negocios jurídicos en unidad acto...la solución más equitativa será repartir los gastos notariales por mitad entre ambos otorgantes...”, así como la SAP de Vizcaya de 22 de noviembre de 2017, que cita a la SAP de La Rioja de 31 de enero de 2017.

No obstante en sentido contrario se pronuncia la SAP de León de 15 de diciembre de 2017, ve en la distribución de gastos una facultad moderadora del Juez proscrita por la Jurisprudencia del TJUE, y reconoce por tanto que han de restituirse al no haber causa justificativa de desplazamiento patrimonial. En idéntico sentido la SAP de Alicante de 22 de septiembre de 2017 y la Vizcaya de 13 de diciembre de 2017.

No existiendo por tanto un criterio unánime y considerando que efectivamente la distribución entre las partes de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula es una moderación y por ende contraria a los criterios del TJUE, procede acoger esta segunda postura doctrinal y condenar a la demandada a la devolución de lo abonado por los actores como gastos notariales , acreditados mediante documental aportada con la demanda, que ascendieron a la suma de 392,33 euros.

No existe sin embargo discrepancia doctrinal alguna en atribuir los gastos de Registro a la entidad bancaria, por lo que procede igualmente la condena de la demandada a devolver al actor lo abonado por este por tal concepto, que conforme resulta de la documental aportada ascendió a la suma de 143,57 euros . Dichas cantidades devengarán el interés legal desde su efectivo pago, arts 1101 y 1108 C.C.

Respecto a los gastos de gestoría resulta de análoga aplicación la doctrina en relación a los gastos de Notaría antes referida. La misma SAP de León de 15 de diciembre de 2017, reconoce que los gastos de gestoría al no existir normativa laguna que regule la distribución del mismo y no existir pacto expreso entre las partes permite al declararse nula la cláusula repercutirlos al banco evitando así hacer uso de la facultada moderadora que el Juez no tiene en estos casos , conforme a la doctrina del TJUE en esta materia.

Por tanto, procede estimar la demanda también en este extremo y condenar a la demandada a la devolución de lo abonado por el actor por tal concepto conforme resulta de la documental aportada con la demanda, en la cantidad de 265,50 euros, con sus correspondientes intereses legales desde su pago.

SEXTO.- En virtud de lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al haber sido estimada la demanda íntegramente la demanda las costas deberán ser satisfechas por la parte demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que **debo estimar y estimo íntegramente** la demanda formulada por el Procurador D^a M^a , en nombre y representación de D^a , contra CAIXABANK,S.A. y en consecuencia debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contractual incluida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre ambas partes, que versa sobre limitación a la variación de los tipos de interés, con todo los efectos inherentes a tal declaración.

Asi mismo debo condenar y condeno a que la entidad demandada proceda a la devolución del exceso de cuotas cobradas, desde el inicio del préstamo, en aplicación de la cláusula declarada nula, con sus correspondientes intereses.



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Así mismo debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula contractual incluida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre ambas partes, [clausula reguladora de los gastos de Notaría, Registro y gestoría a cargo de la parte prestataria , la cual se tiene por no puesta; condenando a la demandada a abonar a los actores la cantidad de trescientos noventa y dos euros con treinta y tres céntimos (392,33euros), ciento cuarenta y tres euros con cincuenta y siete céntimos (143,57 euros) y doscientos sesenta y cinco euros con cincuenta céntimos(265,50 euros). Tales cantidades devengarán intereses legales desde el pago.
Las costas deberán ser satisfechas por la parte demandada.

Notifíquese la presente Resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **RECURSO DE APELACIÓN** , dentro de los **VEINTE DÍAS** siguientes a su notificación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla.

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón , lo pronuncio , mando, y firmo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado Juez que la suscribe, encontrándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha . Doy fe.