

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 BIS DE ALICANTE

De: D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Contra: D/ña. BANKIA SA
Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA NÚM. 2.964/2019

En Alicante, a 10 de septiembre de 2.019.

Vistos por el Ilmo. Sr. Don _____, Magistrado-Juez en comisión de servicio del Juzgado de 1ª Instancia nº5 bis de Alicante, los presentes Autos de Juicio Ordinario promovidos por la Procurador doña _____, en nombre y representación de _____ bajo la dirección letrada de don Rodrigo Pérez del Villa Cuesta, contra Bankia S.A., representado por el Procurador don _____ y asistido por la Letrado doña _____, ha dictado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes Autos se incoaron en virtud de demanda repartida a este Juzgado, y escrito posterior, presentada por la indicada Procurador de la parte actora, por la cual promovía Juicio Ordinario contra el también identificado, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derechos que estimó pertinentes, terminaba suplicando una sentencia por la que se declarara la nulidad de la cláusula quinta que imponen al prestatario los gastos notariales, registrales y de tramitación, contenida en la escritura de préstamo hipotecario otorgado por las partes el 25 de diciembre de 2.005, condenando al demandado al reintegro de 837,77 euros, más intereses legales y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que, en tiempo y forma, compareciera y contestara, verificándolo

para solicitar la desestimación de la demanda, con imposición de costas de contrario.

TERCERO.-Convocada la Audiencia Previa, comparecieron las partes para ratificarse en sus respectivos escritos y solicitar el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, se propuso y admitió la documental por reproducida, quedando los Autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comparece la parte actora manifestando que, el día 25 de diciembre de 2.005, su mandante suscribió con Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, actualmente Bankia S.A., escritura de préstamo hipotecario.

En la citada escritura, estipulación quinta, se dispone que los gastos serían cargo de la parte prestataria, y particularmente, los relativos a aranceles notariales y registrales, y gastos de gestión, habiendo abonado por ello 837,77 euros desglosados en :

- .-521,8 euros correspondientes al arancel notarial.
- .- 96,73 euros por Registro .
- .- y 219,24 euros correspondientes a gestoría.

Estimando que tal estipulación es abusiva en cuanto predispuesta por el demandado y sin negociación alguna con su mandante, se interesa una sentencia en virtud de la cual se declare su abusividad y se condene al demandado al pago de las cantidades abonadas en aplicación de la misma.

Frente a ello se alza la entidad demandada para oponerse, a tal efecto alega que todas las estipulaciones fueron negociadas, siendo claras y precisas, mediante la correspondiente oferta vinculante, reforzado con la intervención notarial, por lo que procede el rechazo de la demanda. Además, se considera que existe retraso desleal en el ejercicio de las acciones.

SEGUNDO.-Sintetizados los términos de la controversia,procede declarar, la naturaleza de condición general de la estipulación relativa a gastos y, en tal sentido, recordar que el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de

contratos ".Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión ."

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante 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.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertadas, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo , de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Y el art. 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que " Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente... "mientras que el 82.2 TRLGDCU añade en relación con las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que " El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba ".

La aplicación de estas consideraciones al supuesto de Autos hace patente que nos encontramos ante una condición general de la contratación, sin que por la demandada se haya evacuado prueba alguna para desvirtuarlo, por lo que de tal calificación procede partir en el análisis que seguidamente se efectúa.

TERCERO.- Pasando al examen del contenido de la estipulación quinta, considera la parte demandante que es abusiva en cuanto le atribuye el pago de determinados gastos.

No siendo controvertida la condición de consumidores de los actores, obligada es la referencia al art. 89.3 TRLGDCU, así como las sentencias 44, 46, 47, 48 y 49, todas ellas de Pleno del T.S. de 23-1-19, cuando reiterando su doctrina anterior, disponen “En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación. A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice: «21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si CASACIÓN/2128/2017 8 –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia antes citada, apartado 68). »22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. »23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. »24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia antes citada, apartado 71). »25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la

Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)». 3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

.”

Tampoco la existencia de pretendidos actos previos (v.gr. provisión de fondos, oferta vinculante, folleto, etc...) empece a cuanto se viene exponiendo, toda vez que, tal como señala la sentencia de la A.Pr. de Alicante, secc. 8ª de 6-7-18 “Hemos de partir de la falta de prueba en cuanto a los objetivos propuestos en la alegación, la individualización del negocio jurídico más allá del contexto literal del contrato, que en el caso de los contratos entre consumidor y profesional supone la prueba, a cargo de éste (STS 464/2014, de 8 de septiembre, 265/2015, de 22 de abril, 643/2017, de 24 de noviembre y 36/2018, de 24 de enero, entre otras), de la naturaleza individual de la cláusula sobre la base de la prueba de la negociación individual con debida transmisión de la información debida sobre cargas económicas y jurídicas, la cuestión no se traduce en una valoración abstracta sino en la constatación del contenido de una cláusula en el contrato concreto suscrito entre los litigantes del que derive, sobre la base de inexistencia de prueba sobre negociación e información del comercializador a su cliente, unas determinadas conclusiones jurídicas vinculadas al desequilibrio de prestaciones y buena fe propias del concepto de abusividad del art. 80 y 82 y concordantes de la TRLDUC, a lo que por cierto hace referencia el apelante en su siguiente motivo.

Dicho lo cual hemos de señalar que si no hay ninguna prueba de negociación e individualización del contenido de la cláusula, afirmar, como hace la recurrente, que el prestatario conocía la cláusula y su contenido es una afirmación meramente voluntarista pues se niega por el prestatario y quien debía probar lo contrario, el banco, no lo hace. Y careciendo de tal prueba, se desvirtúa toda consideración de la libertad contractual y la posible aplicación de la doctrina de los actos propios pues en absoluto cabe considerar como tal el resultado no querido de una cláusula abusiva que es nula de pleno derecho por infracción de los principios básicos de la contratación con el consumidor, el equilibrio de prestaciones y la buena fe.

Lo cierto es que estamos sin duda ante una condición general de la contratación y, como tal, ante una cláusula impuesta por el comercializador del préstamo que no prueba haber negociado el contenido ni haber informado de su contenido al prestatario con anterioridad y suficiente anticipación - STS 36/2018, de 24 de enero- sin que ello lo supla ni

la sencillez ni claridad de una cláusula ni, desde luego, que se utilizara negrilla o incluso subrayado en la escritura - STS 53/2018, de 1 de febrero- o cualquier otro recurso tipográfico utilizados en general en la generalidad de las cláusulas y apartados de las mismas ni tanto menos, la intervención del Notario, respecto de cuya intervención dice la STS 43/2018, de 29 de enero que si bien " es cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo , declaramos que "en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia". Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio , lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir".

Pero no solo no se cumplen, en el modo expuesto, las condiciones del art. 80. Tampoco, desde luego, las de buena fe y equilibrio de prestaciones aludidas en ese mismo precepto en relación al art. 82 al definir la abusividad.

No es cierto que la buena fe contractual esté vinculada a la honradez. La buena fe propia de la cláusulas abusivas se integra por, primero, las expectativas legítimas del consumidor o, en términos de la STS 241/2013, de 9 de mayo, " comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido" y, dos, por el conjunto de normas de todo orden, incluidas las éticas y consuetudinarias pero también las disposiciones normativas dispositivas, que determinan la regulación contractual que el consumidor podía razonablemente esperar y que permiten enjuiciar la validez del pacto.

En el caso no hay costumbre que ampare la indiscriminada atribución al consumidor prestatario del conjunto de gastos de la operación de préstamo con garantía, que se efectúa cuando menos en el marco del objeto empresarial de la entidad comercializadora y, consecuentemente en interés de ambos contratantes, ni desde luego se prueba la existencia de una costumbre normativa que es la única que constituye - art 2 Cco- fuente de derecho.

La naturaleza impositiva que toda condición general de la contratación tiene cuando se produce en un marco de incumplimiento de la debida labor informativa que corresponde al empresario profesional, resulta objetivamente contraria a la buena fe -STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11- tal cual se desprende de la doctrina de esta Sentencia.

Y hay desequilibrio entre prestaciones entendido como déficit jurídico, esto es, referido a derechos y obligaciones y no al contenido económico del contrato. Hay desequilibrio en la cláusula de gastos porque no hay reciprocidad pues se pretende que el negocio que supone para el banco la comercialización de su producto le resulte absolutamente inocuo a su economía a costa en exclusiva del prestatario consumidor quien, por su débil posición, se somete ante una cláusula que refuerza la posición del Banco mediante la atribución al cliente de unos gastos debidos en su exclusivo o compartido beneficio y como parte de su estructura empresarial.

Y si hay en la contratación de préstamos hipotecarios por parte de las entidades crediticias un hecho notorio es que tal actividad se desarrolla esencialmente mediante la contratación por medio de la adhesión a contratos conformados, de modo principal, por condiciones generales de la contratación.” En el mismo sentido, la st. De 20-7-18 “.

Y, finalmente, respecto a la intervención notarial, recordar lo reiterado por el Tribunal Supremo, “Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En el supuesto objeto de ese recurso, el consumidor había sido informado previamente de la existencia de tal cláusula suelo, hasta el punto de que este la había comparado con la ofertada por otras entidades bancarias y consiguió una rebaja en el suelo propuesto. Sin entrar en hasta qué punto tal circunstancia excluía el carácter no negociado de la cláusula, extremo este que en dicho recurso no era cuestionado por los litigantes ni por las sentencias de instancia, sí que servía para acreditar que en la fase precontractual el consumidor tuvo cumplida información de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo. En estas circunstancias, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual.” (por todas st. 8-6-17)

Trasladada tal doctrina al supuesto de Autos, procede declarar la nulidad, radical y absoluta, de la cláusula, atendido el carácter omnicomprendido de la misma, en la que contrasta sobremanera con que el banco no asume ningún gasto, dato que impide entender que la entidad financiera 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. Al tiempo, ese desplazamiento absoluto al consumidor de cualesquiera pagos, en sentido general, derivados del contrato, pugna con las distintas cláusulas que el art. 89 TRLGDCU enumera como, en todo caso, abusivas.

CUARTO.- Como efecto del anterior pronunciamiento, interesa la parte demandante la condena de la demandada al reintegro de las cuantías abonadas en concepto Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría.

Los efectos que la declaración de abusividad conlleva son los establecidos por el T.S. en las citadas sentencias de 23 de enero, de conformidad con el art. 1.6 C.C..

Así, por lo que se refiere a los gastos notariales, señala el Alto Tribunal “En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. 2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. 3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. 4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés”

Consecuentemente, procede estimar parcialmente la petición de condena, limitando el reintegro del arancel notarial al 50%, esto es, a 260,9 euros.

QUINTO.- En cuanto al arancel registral, señala la sentencia citada que deben ser asumidos por el banco, argumentando que “1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las

letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.”

Consecuentemente, procede la condena del demandado al pago de los 96,73 euros reclamados por tal concepto.

SEXTO.- Por lo que respecta a los gastos de gestoría, debe asumirse por ambas partes por mitad, considerando el T.S. “.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.”

Por tanto, debe condenarse a la entidad demandada al pago de 109,62 euros.

SÉPTIMO.- En resumen, en virtud de cuanto antecede procede la estimación sustancial de la demanda, acogiendo la pretensión declarativa íntegramente y la pretensión de condena en la cuantía de 467,25 euros, cantidad que devengará el interés legal computado desde la fecha de abono.

Sobre el interés, la sentencia de 19-12-18 del T.S. establece “El efecto restitutorio, cuando se trata de la cláusula de gastos, no es directamente reconducible a la norma del Código Civil (art. 1303) que regula la restitución de prestaciones recíprocas entre

las partes, pues no se trata de abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (en este caso, a la gestoría y al tasador), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como la declaración de abusividad obliga a restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la estipulación abusiva. Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. En consecuencia, la entidad bancaria deberá abonar el interés legal desde la fecha en que el consumidor realizó los pagos. ”

OCTAVO.- Por último, debe rechazarse la existencia de retraso desleal o abuso de derecho, al retraso desleal y traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 19-11-15 cuando define la nulidad como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013.. La sentencia descarta la caducidad de la acción respecto del préstamo cancelado, por cuanto estamos ante un supuesto de nulidad radical, no subsanable, ni sometido a plazo de prescripción o caducidad, como también la aplicación de la doctrina de los actos propios, estimando la demanda, de acuerdo con la jurisprudencia recaída en materia de cláusulas suelo y al amparo de la cual declara la nulidad de la cláusula combatida.

Por tanto, procede partir de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia del tiempo transcurrido desde la celebración del contrato o de que éste haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de las cláusulas que en él se contienen.

En este sentido, señala la st. de la A.Pr. De Guipúzcoa de 8-6-18 "Sin embargo, no compartimos dicho parecer y entendemos que la cancelación del préstamo no es obstáculo para declarar la nulidad por abusiva de una cláusula contenida en el contrato (en este sentido, por ejemplo, SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 2017).

En el caso de autos los actores ejercitan una acción de nulidad de una condición general de la contratación al amparo del art.8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , norma ésta que traspuso al ordenamiento español la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Como ha declarado el TJUE, "A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 44)" (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartados 53 y 54), lo que reitera la STJUE de 17 de mayo de 2018, en su apartado 35, que extiende dicha calificación a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para alcanzar el objetivo que persigue el citado artículo 6 de la Directiva 93/13 .

Por consiguiente, estamos en presencia de una acción de nulidad absoluta, radical o de pleno derecho.

La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" (así, STS de 19 de noviembre de 2015), que ni caduca, ni prescribe (así, SSTS de 25 de marzo de 2013 y 19 de noviembre de 2015).

Por otra parte, el legislador no ve impedimento para ejercitar la acción de nulidad una vez que el contrato se ha consumado (art.1.301 CC para los supuestos de error, o dolo o falsedad de la causa); ni en declarar la nulidad de la obligación novada si la obligación primitiva es nula (art.1.209 CC), siendo así que la causa de la nulidad se encuentra en la obligación extinguida por novación.

Por último, limitar los efectos en el tiempo de la posibilidad de declarar la nulidad de la cláusula abusiva por el hecho de haberse cumplido las prestaciones del contrato contradice el efecto disuasorio pretendido por la Directiva 93/13, que busca una efectiva protección de los derechos de los consumidores, que deben verse reparados de las consecuencias lesivas derivadas de la utilización por parte de los profesionales de cláusulas abusivas en su contratación con aquéllos. En este sentido, los términos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 son rotundos cuando declara: "Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración,

no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva" (apartado 66), pues una protección incompleta e insuficiente no constituye un medio adecuado y eficaz para que el uso de la cláusula abusiva, lo que contraviene el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva.”

Consecuentemente, y sin perjuicio de reconocer la existencia de jurisprudencia discrepante, se considera que si persiste la acción, debe considerarse improcedente la invocación de la doctrina del retraso desleal.

NOVENO.- De acuerdo con el art. 394 Lec., la estimación sustancial de la demanda determina la imposición de costas a la parte demandada, ya que se ha estimado la pretensión declarativa y el importe de la condena es superior al 50% del total reclamado, de conformidad con el criterio seguido por la secc.8ª A.Pr. de Alicante, sts 191/18 de 26-4, 298/18 de 19-6 y 306/18 de 28-6.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procurador doña _____, en nombre y representación de _____, contra Bankia S.A., representado por el Procurador don _____ :

1.- Debo declarar y declaro la nulidad, por abusiva, de la estipulación quinta contenida en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por las partes el día 25 de diciembre de 2.005.

2.- Debo condenar y condeno al demandado al reintegro de 467,25 euros, más el interés legal computado desde la fecha de abono.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma procede recurso de apelación a interponer en el plazo de 20 días ante este Juzgado, acreditando la constitución de depósito por importe de 50 euros mediante ingreso en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, así como, en su caso, el pago de la tasa establecida por Ley 10/2.012.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a Autos, incorporándose el original al libro de sentencias, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/