

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 10 BIS DE SEVILLA

Procedimiento: Ordinario 7664/2017

SENTENCIA Nº 744/2021

En Sevilla, a 3 de mayo de 2021 .

Vistos por Dña. _____, magistrada-juez adscrita como refuerzo al Juzgado de Primera Instancia nº 10 bis de Sevilla, los autos de juicio ordinario número 7664/2017, seguidos a instancia de don

representado por el procurador doña

, contra BBVA representada por el procurador D./Dña.

. Habiendo recaído la presente con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte demandante se presentó con fecha de registro 12 de noviembre de 2017 demanda de juicio ordinario por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia en virtud de la cual se declare la nulidad de la cláusula de imposición de gastos notariales, registrales y de gestoría y de la cláusula de interés de demora, se eliminen del contrato y se condene a la demandada a restituir las cantidades abonadas en exceso, con los intereses legales y las costas.

Posteriormente, antes de la admisión a trámite de la demanda presentó escrito de modificación del suplico por el que interesaba la condena al pago de 355, 71 € por gastos notariales y 89,20 € por gastos de registro o subsidiariamente la mitad de la primera de las cantidades y la totalidad de la segunda con los intereses y las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada con copia de ésta y documentos aportados, la cual en el plazo señalado presentó escrito de contestación solicitando la desestimación de la demanda, con allanamiento parcial a la pretensión de nulidad de la cláusula de interés de demora.

TERCERO.- Convocada audiencia previa, se celebró esta con el resultado que obra en autos: tras comprobar la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, ratificaron los respectivos escritos. Se dio traslado de la excepción relativa a la cuantía, se resolvió entendiendo que se trata de un procedimiento determinado por razón de la materia, sin perjuicio de la obligación de la demandante de concretar las cantidades reclamadas conforme al 219 LEC, lo que hace en la demanda. Devino firme. Se impugnaron documentos a efectos probatorios por la demandada. Dado que la única prueba propuesta y admitida consistió en prueba documental, quedaron, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 428 y 429.8 de la Ley de enjuiciamiento Civil, los autos vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento.

Ejercita la parte demandante acción de nulidad en relación con la

cláusula de gastos en escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes, a lo que se opone la demandada alegando la validez de la cláusula y prescripción de la acción de restitución de cantidad. Por otro lado, se allana la pretensión de nulidad de la cláusula de interés de demora.

Por otro lado, no resulta controvertido que ambas partes suscribieron escritura ni la condición de consumidor del demandante.

SEGUNDO.- Sobre el carácter de condiciones generales de la contratación.

El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, define las "condiciones generales de contratación" y la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios a tales efectos los siguientes: carácter contractual; predisposición; imposición y generalidad.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la entidad demandada, sobre quien pesa en este extremo la carga de la prueba, no ha acreditado con los medios de prueba aportados que las cláusulas discutidas hayan sido objeto de negociación, sin que la previa información sobre su existencia pudiera equivaler a la existencia de alguna posibilidad en el demandante de influir en el contenido de la misma. En consecuencia, debe concluirse que la cláusula discutida en el presente procedimiento tiene el carácter de condiciones generales de la contratación.

TERCERO.- Sobre el carácter abusivo de la cláusula de gastos.

Se interesa la declaración de nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 2002 .

Del examen de la citada cláusula puede concluirse que la misma supera el control de incorporación relativo a la comprensibilidad del texto, previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la

Contratación. En el caso del control de contenido, la conclusión es distinta de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 bis LGCU, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

El TS ha declarado en tal sentido en las sentencias 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, 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 fin de determinar si la imposición de gastos genera un desequilibrio importante para el consumidor, atiende el TS a la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), y concluye que:

“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”.

En consecuencia, se estima que en este caso procede la declaración de abusividad de la cláusula quinta de la escritura pública de formalización de préstamo hipotecario suscrita entre las partes, dado que se imponen de forma genérica todos los costes derivados de la hipoteca, generando con ello un desequilibrio que no habría sido admitido en el marco de una negociación individualizada. Declaración de nulidad que debe efectuarse en su totalidad, conforme a lo dispuesto por el TS en sentencia 49/19, de 23 de enero, sin más límites que los derivados de la aplicación del principio dispositivo.

CUARTO.- Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula.

La primera consecuencia aparejada a la declaración de nulidad es la expulsión de la cláusula del contrato, sin que produzca efectos vinculantes para el consumidor. Así lo ha afirmado el TJUE en numerosas sentencias.

En el caso de la cláusula de gastos, el TS en sentencia de 19 de diciembre de 2018 y posteriores de 23 de enero de 2019, reiterando lo ya expuesto en las sentencias de 15 de marzo de 2018, ha manifestado que el efecto restitutorio derivado de la Directiva no es directamente reconducible al artículo 1303 del CC, dado que no son abonos realizados por el prestatario al banco (como intereses o comisiones), sino realizados por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la cláusula declarada nula. Pero aclara que en cumplimiento de la exigencia de la Directiva de restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el prestatario sin esa cláusula, procede imponer a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva.

En consecuencia, estima el TS que dicha restitución de cantidades, aunque no se ajuste a las previsiones del artículo 1303 CC (dado que presupone la existencia de prestaciones recíprocas), constituye 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 presenta similitudes con el pago de lo indebido, en los términos de los arts. 1895 y 1896 CC, en cuanto que el consumidor habría hecho 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.

A la luz de dicha jurisprudencia, es claro que la entidad bancaria ostenta legitimación para soportar la acción de restitución, al ser la misma consecuencia inmediata de la declaración de nulidad por imposición de los gastos al consumidor, obligando de este modo al mismo a abonar un gasto que no le correspondía y beneficiando con ello al banco.

En cuanto a la alegación de prescripción de la acción tendente a obtener la restitución de las cantidades abonadas, se estima que está sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, previsto en el artículo 1.964 del Código Civil. A efectos de determinar cuál es el momento en el que dicha acción puede ejercitarse, debe tenerse en cuenta el artículo 1.969 Código Civil que establece que el *“plazo de la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”*.

En cuanto a la controversia sobre el inicio de tal cómputo, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el TJUE en sentencias de 9 y 16 de julio de 2020, en los que ha manifestado que, si bien la Directiva no se opone a una normativa nacional que, al mismo tiempo que establece la imprescriptibilidad de la acción destinada a declarar la nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, somete a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esa declaración, ese plazo no debe ser menos favorable que el aplicable a recursos similares de carácter interno y no debe imposibilitar en la práctica ni dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Así, se pronuncia en la primera de ellas sobre el supuesto del cómputo del plazo desde la fecha de cumplimiento íntegro del contrato, en tanto en la segunda se refiere al supuesto del cómputo

desde la fecha de celebración del contrato, afirmando en ambos casos que en tales supuestos el mismo podía haber expirado antes incluso de que el consumidor hubiese podido tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula, lo que resulta contrario al principio de efectividad. E igualmente resultaría contrario al principio de equivalencia si para acciones similares basadas en ciertas disposiciones del Derecho interno, ese mismo plazo únicamente empieza a correr a partir de la declaración judicial de la causa de esas acciones.

De este modo, se estima que no es posible efectuar el cómputo desde la fecha del abono de las facturas, pues ninguna prueba se ha propuesto ni practicado tendente a acreditar que la demandante tuvo conocimiento o pudo conocer de la posible abusividad de la cláusula y los efectos y consecuencias derivadas de la misma. Véase la reciente STJUE 22 de abril de 2021, asunto C- 485/19.

Ha señalado el TS en sus sentencias de 23 de enero de 2019 que la restitución de cantidades deberá efectuarse teniendo en cuenta que los gastos deberán correr a cargo de la parte a la que correspondiera de conformidad con la normativa vigente a la fecha de la firma del contrato. En idéntico sentido, la STJUE de 16 de julio de 2020 ha señalado que la inexistencia de la cláusula declarada abusiva justifica, en defecto de acuerdo entre las partes, la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca. Con ello, no se trata de modificar la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario y que ha quedado expulsada del contrato, sino de determinar si han existido cantidades indebidamente abonadas en virtud de la misma que deban ser restituidas.

La cuestión por tanto radica en determinar si existían a la fecha de celebración del contrato normas reguladoras del reparto de los gastos a efectos de su aplicación, teniendo en cuenta asimismo la jurisprudencia del TS sobre la materia, que complementa el ordenamiento jurídico, y que, como

ha señalado el propio TJUE, "no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro, como es el Tribunal Supremo, estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, para elaborar determinados criterios que los tribunales inferiores tengan que aplicar al examinar el eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales" (apartado 68 de la STJUE de 7 de agosto de 2018).

- Sobre los gastos notariales.

En virtud de 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 y el artículo 63.1 del Decreto de 2 de junio de 1944, el TS ha señalado en sus sentencias de 23 de enero de 2019 y más reciente de 24 de julio de 2020 que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. 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; y 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.

Por tanto, a la vista de la norma anteriormente citada y la jurisprudencia del TS que ha fijado criterios interpretativos de la misma, debe concluirse que, en este caso, en el que se aporta minuta de la Notaría, la prestamista debió abonar en su día al Notario la mitad de los gastos de matriz y el importe de las copias que se hubieran expedido a su favor; no obstante, al no constar en este caso acreditado quien fue el destinatario de cada uno de las copias, habrá que aplicar el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Sevilla, que

entiende que en estos casos el importe correspondiente las copias debe ser abonado igualmente por mitad.

- Sobre los gastos del Registro de la Propiedad.

En el momento de la firma del contrato se encontraba en vigor la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, que establece a quién corresponde abonar los derechos de registrador, la cual ha sido igualmente interpretada por el TS en sus sentencias de enero de 2019 y más reciente de 24 de julio de 2020, señalando que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

A la vista de lo anterior, debe concluirse que los gastos registrales deben ser abonados por la demandada.

En secuencia, procede la abono de la cantidad de 177,85 € por gastos notariales y 89,20 € por gastos registrales. En total, 267,05 euros.

QUINTO.- Sobre los intereses.

Las cantidades anteriormente indicadas devengarán intereses desde la fecha del pago de cada una de ellas hasta la fecha de la sentencia, pues como señala la STS de 19 de diciembre de 2018, resulta aplicable analógicamente el artículo 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido

-en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre), excluyendo de este modo la aplicación de los arts. 1101 y 1108 CC.

Con posterioridad se producirá el devengo de los intereses previstos en el artículo 576.1 de la LEC.

SEXTO.- Sobre la nulidad de la cláusula de interés de demora.

Solicita la parte demandante la nulidad por abusiva de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario relativa al interés de demora; pretensión de nulidad a la que se allana la parte demandada, por lo que procede estimar tal pretensión.

En cuanto a los efectos de la misma, debe ser la supresión del incremento del mismo, pero no del interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Es decir, que declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

Tal es el criterio seguido por la jurisprudencia del TS, expuesto en la sentencia de 28 de noviembre de 2018, y que ha sido aceptada por la sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018.

SÉPTIMO.- Costas.

En el presente procedimiento se ha estimado la pretensión de nulidad y la reclamación de cantidad en parte.

Ha señalado el TJUE en sentencia de 17 de julio de 2020 que no cabe condicionar el resultado de la distribución de las costas únicamente a las

cantidades indebidamente pagadas que se deban restituir. En consecuencia, procede la condena en costas a la demandada.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que confiere la Constitución, se ha decidido

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de don frente a BBVA y en consecuencia:

1.- DECLARAR la nulidad de pleno derecho, por abusividad, de las siguientes cláusulas contenidas en la escritura otorgada en fecha 26 de junio de 2002 : cláusula de gastos y de interés de demora .

2- CONDENAR a la demandada, a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad, debiendo tenerse por no puestas dichas cláusulas, subsistiendo el resto de términos del préstamo hipotecario.

3.- CONDENAR a la demandada a abonar a la demandante la cantidad de 267,05 euros más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Todo ello con condena en costas a la demandada .

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por la Sra. Magistrada-Juez que la firma, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.