

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6
OVIEDO**

SENTENCIA: 02269/2018

C/ CONCEPCIÓN ARENAL Nº 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO (ANTES COMANDANTE CABALLERO)

Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897

Equipo/usuario: MSA

Modelo: 0030K0

N.I.G.: 33044 42 1 2017 0012381

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0003375 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. CRISTINA

Procurador/a Sr/a. TANIA REVUELTA CAPELLIN

Abogado/a Sr/a. ALFREDO GARCIA LOPEZ

DEMANDADO D/ña. BANCO CAIXA GENERAL, S.A.

Procurador/a Sr/a. JOAQUIN

Abogado/a Sr/a. Dª Mª JOSÉ

SENTENCIA Nº 2269

En Oviedo, a veintiuno de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por **D.ª MARTA NAVAS SOLAR**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario NUM 3375/17 seguidos a instancia **D.ª CRISTINA** representada por la Procuradora de los Tribunales **D.ª Tania Revuelta Capellín** y con la asistencia letrada de **D. Alfredo García López**, frente a la entidad **BANCO CAIXA GERAL, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Joaquín** y con la asistencia letrada de **D.ª María** en el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales **D.ª Tania Revuelta Capellín**, en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al presente Juzgado, en la que tras formular las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyó solicitando que se dictase sentencia conforme al suplico de su escrito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda presentada se dio traslado a la parte demandada, emplazándola para que en el plazo de veinte días contestara a la misma, lo que verificó en tiempo y forma, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes que se ratificaron en sus escritos y propusieron la prueba que estimaron oportuna y que se admitió, quedando los

autos vistos para sentencia de conformidad con los dispuesto en el art. 429.8 de la LEC.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ejercita la parte actora, según resulta del suplico de su demanda, una acción de nulidad de la cláusula 5ª, "gastos", contenida en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el día 3 de mayo de 2007 con la entidad Banco Caixa Geral, S.A, por entender, en síntesis, que la citada estipulación tiene el carácter de condición general de la contratación por ser incorporada y predispuesta en la relación contractual por la entidad demandada sin que existiera ni la más mínima negociación individual tratándose de una estipulación que genera un desequilibrio importante beneficiando únicamente a la entidad financiera demandada, por lo que reviste carácter abusivo y nulo.

La entidad demandada, tras renunciar a la impugnación de la cuantía, se opuso a la pretensión ejercitada de contrario alegando que la cláusula cuya nulidad se pretende, cuyo contenido es claro y conciso, fue conocida y aceptada por la actora - de la que no discute su condición de consumidora- tras un proceso de información y negociación previo.

SEGUNDO.- Solicita la parte actora la nulidad de la cláusula por la que se imputaban al prestatario todos los gastos de constitución y formalización del derecho real de hipoteca que se corresponde con la cláusula 5ª del contrato, cuyo contenido es el siguiente: "Serán de cuenta del prestatario los gastos de tasación del inmueble que se hipoteca, otorgamiento de la presente escritura, incluyendo una primera copia de este instrumento público para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador de la Propiedad por la inscripción y anotación del mismo, los gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos, los derivados de la conservación del inmueble hipotecado y los del seguro de incendios del mismo y, en su caso, seguro de vida del prestatario, comisión por amortización anticipada, comisión de reclamación de posiciones deudoras, y en general, cuantos gastos se ocasionen con motivo del préstamo, su modificación y cancelación, así como todos los impuestos que hayan de pagarse por cualquier concepto como consecuencia del mismo. En caso de incumplimiento el prestatario satisfará las costas procesales que se originen, incluso las de cualquier tercería y los honorarios y derechos del letrado y procurador que intervengan en el procedimiento correspondiente para hacer efectivo el crédito, en su caso, aunque no sea preceptiva su intervención." (doc. 1 de la demanda y 2 de la contestación).

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, es necesario traer a colación la STS de 23 de Diciembre del 2015 que, en relación con una cláusula análoga a la aquí analizada, señaló lo siguiente: "En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU, ya que solo se refieren a contratos de

compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario", resolviendo el Alto Tribunal la controversia indicando lo siguiente:

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), 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 (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, 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 (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la

formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso."

CUARTO.- En el supuesto analizado, la prueba practicada lleva a concluir que la cláusula litigiosa reviste el carácter de condición general de la contratación según la definición que de las mismas ofrece el art. 1.1. de la LCGC: "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". Efectivamente, la parte demandada no ha practicado ninguna prueba dirigida a acreditar que la cláusula litigiosa fue específicamente negociada con la parte actora y, menos aún, señala en qué consistió dicha negociación ni las concretas contrapartidas que la demandante obtuvo con la inserción de una cláusula que repercute sobre el consumidor cualquier tipo de gastos, presentes y futuros, que encuentren su origen en el citado contrato. La propia extensión y

generalidad de los términos utilizados en la redacción de la estipulación apunta a que se trata de una condición predispuesta por la entidad bancaria dirigida a ser incorporada a una pluralidad de contratos, sin que el consumidor tuviera una oportunidad real de influir en su contenido.

La falta de prueba sobre el cumplimiento del deber de información y negociación previa no se suple con la prueba propuesta por la demandada. En efecto, el extracto bancario aportado como doc. 3 de la contestación, tan solo acredita que se cargó en la cuenta del esposo de la actora (que también intervino como prestatario) la provisión de fondos correspondiente, pero no acredita que los consumidores tuvieran una oportunidad de influir en la distribución de los gastos. El justificante de los tipos de interés aplicados al préstamo, aportado como doc. 4, nada acredita en relación con la cuestión litigiosa. Por otro lado, estando la operación sujeta a la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no consta la entrega ni del folleto informativo ni de la oferta vinculante, en los términos y con el contenido exigido por los arts. 3 a 5, en relación con el Anexo I y II de la norma. La demandada no ha aportado como prueba ninguno de estos documentos.

Por otro lado, que la citada cláusula es nula, por abusiva, resulta evidente a la vista de los términos en que está redactada imponiendo al consumidor el pago de todos y cada uno de los gastos que se pudieran generar, sin obtener, a cambio, contraprestación alguna generando así un evidente y claro desequilibrio económico entre las partes, resultando irrelevantes las alegaciones de la demandada sobre la doctrina de los actos propios y el retraso desleal pues, como recuerda la SAP de Asturias de 19 de julio de 2017, la nulidad de pleno derecho dispuesta por la norma no puede ser sanada, no es prescriptible ni, en fin, puede tener efecto alguno.

QUINTO.- Declarada la nulidad por abusividad de la cláusula Quinta mencionada, procede entrar a conocer sobre los efectos de dicha declaración relativos a los gastos por Notaría y Registro de la Propiedad que la actora cifra en 469,42 y 153,08 euros, respectivamente (doc. 2 de la demanda).

A este respecto, se debe traer a colación la postura mantenida por la AP de Asturias que, en SAP de 8 de mayo de 2017, con cita de la SAP de Asturias de 1 de febrero de 2017 y cita y transcripción de la STS de 23 de diciembre de 2015, señaló que "en lo referente a los gastos derivados de la inscripción de la hipoteca, no cabe duda que 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, dispone 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quien beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión como queda dicho.

En relación con los gastos y honorarios de la Notaría, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel 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. Ahora bien, en este sentido 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."

Atendiendo a los argumentos anteriormente citados, plenamente aplicables al presente caso, y habiéndose justificado los conceptos y cuantías reclamadas a través de las correspondientes facturas, procede estimar la pretensión de la parte actora condenando a la demandada a su restitución.

Asimismo procede la restitución de los gastos de gestoría, por importe de 110,20 euros (doc. 2 de la demanda) al no haberse practicado ninguna prueba que acredite que hubo pacto entre las partes, tras la correspondiente negociación, por el cual la parte actora asumiera la obligación de abonar el coste generado por la intervención de una entidad gestora designada por la demandada en cuanto que no se ha practicado por esta última prueba alguna dirigida a acreditar la voluntariedad de contratarla por la demandante (SAP de Asturias de 10 de octubre de 2017).

En consecuencia, procede imponer a la demandada la obligación de restituir a la parte actora la cantidad de 732,7 euros, resultando irrelevante a los efectos del presente procedimiento que el importe de dichos gastos fuera destinado a terceras personas al ser esta una cuestión que únicamente incumbe a la demandada y a éstas por cuanto que la restitución del consumidor a la situación patrimonial anterior al evento invalidado es una consecuencia necesaria de la declaración de nulidad de la estipulación impuesta por la entidad bancaria.

SEXTO.- Ante el acogimiento de la pretensión de la parte actora en lo que se refiere a la declaración de nulidad y la consiguiente obligación de la demandada de abonar las cantidades reclamadas, en los términos anteriormente indicados, habrá de venir a reconocérsele por virtud de lo establecido en los artículos 1303, 1.101 y 1.108 del Código Civil el derecho a percibir el interés legal devengado por aquéllas desde la fecha de sus respectivos abonos hasta sentencia y, desde ésta y hasta su efectivo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

SEPTIMO.- En cuanto a las costas procesales, al haberse estimado íntegramente la demanda, de conformidad con lo previsto en el art. 394 de la LEC, las costas se imponen a la demandada con expresa declaración de temeridad y mala fe, teniendo en cuenta que la entidad demandada no aportó, junto con su contestación, ni una sola prueba dirigida a acreditar la existencia de una información previa, suficiente y clara sobre la distribución de los gastos, sobre la que tampoco propuso prueba en el acto de la audiencia previa, evidenciando con su comportamiento un claro deseo de dilatar el procedimiento, a pesar del criterio reiterado mantenido en la materia por la Audiencia Provincial de Asturias, particularmente reflejado en la sentencia de 10 de octubre de 2017 de la sección 1ª, y del intento de la parte actora de poner fin a la controversia en la vía extrajudicial (doc. 1 de la demanda).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Tania Revuelta Capellín, en nombre y representación de **D.ª CRISTINA** contra la entidad **BANCO CAIXA GERAL, S.A.:**

1.-Se declara la nulidad de la cláusula 5ª contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito en fecha 3 de mayo de 2007.

2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 732,7 euros, correspondientes a gastos de Notaria, Registro de la Propiedad y gestoría, satisfechos por la actora en aplicación de la cláusula declarada nula, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada abono

hasta sentencia y, desde ésta y hasta su efectivo pago, los intereses legales incrementados en dos puntos.

Con imposición de costas a la demandada con expresa declaración de temeridad y mala fe.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.3375.17 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.