



JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 BURGOS

SENTENCIA: 00619/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS 53 - SALA VISTAS 1ª PLANTA, SALA 4
Teléfono: 947284055-ATT.PUBLICO, Fax: 947284056
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 1
Modelo: N04390

N.I.G.: 09059 42 1 2018 0009680

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE D/ña.
Procurador/a Sr/a.
Abogado/a Sr/a. BEATRIZ MONASTERIO POZA
DEMANDADO D/ña. CAIXABANK
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

[REDACTED] JUEZ DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CUATRO DE LOS DE BURGOS Y SU
PARTIDO, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente,

SENTENCIA NUMERO 619/2019

En la Ciudad de Burgos, a seis de mayo de dos mil diecinueve.

Habiendo visto los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el número 1484/18, a instancias de [REDACTED], representado por el Procurador [REDACTED] y dirigido por la Letrada Sra. Monasterio Poza contra CAIXABANK, S. A., representado por la Procuradora [REDACTED] y asistido por la Letrada [REDACTED] sobre declaración de nulidad y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación de la parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación, de reclamación de cantidad alegando los hechos y fundamentos en derecho que estimó de aplicación al caso para terminar suplicando del Juzgado que previos los trámites legales en su día se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de:

- la estipulación **5^a.- GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO,** en relación a gastos de aranceles notariales y registrales, de gestoría,

- la estipulación **6^a.- INTERESES DE DEMORA** incluidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de [redacted], condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a restituir las cantidades abonadas por la parte actora por su aplicación, más intereses con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado por término legal ordinario.

TERCERO.- El demandado contestó en tiempo y forma, oponiéndose a la demanda.

Se procedió a señalar día y hora para la audiencia previa prevista en la Ley, a la que comparecieron ambas partes, ratificándose en sus respectivos escritos de demanda, ampliación de la demanda, y contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Intentada sin éxito la conciliación o transacción sobre la litis, modificada la petición de la parte actora, expresada la postura de las partes ante los documentos dictámenes presentados y fijados los hechos controvertidos en la nulidad de la cláusula y la reclamación dineraria, ambas partes propusieron las pruebas que consideraron útiles para sus intereses. Se indicó que no era el momento adecuado para la resolución planteada sobre impugnación de la cuantía

Propuesta como única prueba la documental ya aportada, y solicitado por la única parte personada, se acordó en virtud del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que los autos quedaran en poder de S. S^a para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes se han observado cuantas prescripciones legales venían ordenados para los de su clase.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reclama la parte actora la nulidad de:

- la estipulación **5^a.- GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO**, en relación a gastos de aranceles notariales y registrales, de gestoría,

- la estipulación **6^a.- INTERESES DE DEMORA** incluidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de , condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a restituir las cantidades abonadas por la parte actora por su aplicación, más intereses con expresa imposición de costas, alegando su condición de consumidor, que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación y el carácter abusivo de las cláusulas. Subraya el carácter desproporcionado de la cláusula de intereses de demora.

Por su parte la demandada, se señaló la existencia de información correcta, la imposibilidad de repercutir los gastos reclamados al demandado de forma indiscriminada, el hecho de que la atribución de los gastos notariales y registrales no es abusiva y además le corresponde al prestatario su abono, que la gestoría es un servicio posterior al contrato.

No se ha discutido por las partes la existencia de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, ni el contenido de las cláusulas impugnadas.

Precisamos que si bien la cláusula de gastos contiene distintas precisiones la demanda se centra solo en los puntos indicados, por lo cual ningún otro pronunciamiento corresponde realizar.

Hemos de precisar que en el acto de la audiencia previa la parte actora ha señalado que ha de aplicarse, en caso de una sentencia estimatoria respecto a la nulidad de la cláusula de gastos, los criterios sentados por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, considerando que la estimación de la demanda sería sustancial.

Señalamos que nada hay que objetar a este cambio de demanda desde el punto de vista de las partes de disponer del proceso, , recordando que el artículo 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contempla que el ejercicio del derecho de disposición pueda ejercerse en cualquier momento de la primera instancia o de los recurso o de ejecución de sentencia, pero desde el punto de vista estrictamente procesal recordamos, la litispendencia se produce desde que se presenta la demanda, por lo que el tribunal, al resolver la estimación o desestimación de la demanda ha de hacerlo por referencia a lo que se solicita en aquella, sin tomar en cuenta los cambios introducidos, salvo que tengan su encaje en lo dispuesto en el artículo 426.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, rectificación de extremos secundarios, sin alterar pretensiones ni sus fundamentos.

SEGUNDO.- En primer lugar hemos de aclarar la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que nos ocupan, en su calidad de condiciones generales de la contratación, y para ello nos basta ya con reproducir lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 22 de febrero de 2018, que además se ocupa de una cláusula idéntica a la que es objeto de este pleito, al señalar: "La citada cláusula es una verdadera condición general de la contratación que como sabemos son aquellas cláusulas predispuestas por una de las partes, y destinadas a su incorporación a una multitud de contratos que pertenezcan al mismo tipo o clase, que en este caso son los préstamos hipotecarios. Se cumplen en la cláusula los requisitos establecidos por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 según el cual "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".

Una de las características, sino la principal de las condiciones generales, es como dice el artículo 1.1 su imposición por el predisponente empresario al consumidor adherente de forma que este no tiene otra alternativa que su aceptación. La imposición equivale a la falta de negociación, porque el resultado de su incorporación al contrato no es el resultado de una oferta que puede ser modificada o no, lo que es característico de la negociación en sede contractual. Por el contrario, el préstamo hipotecario ha venido a ser cada vez más un contrato estandarizado, en la medida en que la mayor parte de sus cláusulas, y también esta de los gastos, son las mismas, no solo entre los préstamos de una entidad, sino en los de todas las entidades, de forma que la única variación se deja para aquellos elementos que forman parte de la economía del contrato o prestaciones que constituyen la sustancia del mismo, como es el capital del préstamo, el tipo de interés, la duración del plazo, y el valor de la garantía. Estos sí que son elementos que varían de un préstamo a otro, como no puede ser menos, y son los únicos sobre los que existe en realidad una verdadera negociación. Que esto sea así no es algo ni positivo ni negativo en principio. Todos convenimos en que lo que le interesa a la persona que pide un préstamo hipotecario son sobre todo sus condiciones económicas, que se refieren al capital prestado, al plazo y al interés. En cambio, las cláusulas que se refieren a las condiciones jurídicas, por conocidas o por venir muchas de ellas impuestas por la ley, no merecen del prestatario muchas veces ni tan siquiera una lectura detallada. A esta categoría pertenecen una multiplicidad de cláusulas: obligación de pago de las cuotas, domiciliación de pago, devengo de intereses, comisiones, gastos, vencimiento anticipado, obligación de

conservación de la cosa hipotecada, etc.. Algunas de estas cláusulas hacen referencia a aspectos económicos del contrato, como las comisiones o los gastos, lo cual no impide que por no pertenecer a lo que llamamos la económica esencial del contrato, puedan ser objeto de regulación mediante el siempre menos complicado procedimiento de las condiciones generales.

Obviamente este sistema de contratación en masa, por lo que tiene de imposición de una de las partes sobre otra, que contradice el principio de la libre voluntad de las partes de los artículos 1255 y 1256 del Código Civil tiene que tener alguna válvula de escape para el consumidor que le garantice la posibilidad de revisar a posteriori, y una vez que se ha dado cuenta del carácter pernicioso de alguna (s) de estas cláusulas en su aplicación práctica. La primera válvula de garantía es que la propia cláusula cumpla los requisitos de incorporación de toda condición general, que es la claridad, comprensibilidad y transparencia. El artículo 5.5 de la Ley 7/1998 establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Se trata de un requisito de incorporación, por lo que si la condición general no cumple alguna de estos requisitos se tendrá por no incorporada al contrato.

La segunda válvula es la legislación sobre cláusulas abusivas. El carácter abusivo de una cláusula no se plantea normalmente sobre aquellas que regulan las principales prestaciones económicas del contrato, porque al haber sido objeto de una negociación previa, no solo habrán sido conocidas por todas las partes, sino que también habrán sido verdaderamente consentidas, bien porque hayan nacido de una contraoferta del consumidor, bien porque la oferta del empresario se haya aceptado en atención al carácter ventajoso que resulta para el consumidor la aceptación de la misma, o de otras condiciones que se han visto mejoradas. Sin embargo, en el caso de las condiciones generales, como tal negociación, y a veces hasta el simple conocimiento efectivo ha estado ausente, se hace necesario lo que se llama el ulterior control de contenido mediante el cual cualquiera de estas cláusulas puede juzgarse abusiva si rompe de forma grave el equilibrio entre las partes que debe estar presente en toda contratación. El artículo 82.1 del RDLeg 1/2007 define las cláusulas abusivas diciendo que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". Se trata de una definición general que puede utilizarse para calificar como abusiva cualquier condición general que cumpla los parámetros de la misma. Pero junto a ella, y tomada de la

legislación comunitaria, está la lista negra de cláusulas abusivas que lo son en cualquier condición y circunstancia, si bien la redacción general de alguna de ellas hace necesario un previo esfuerzo de interpretación. Son los artículos 85 a 91 del mismo texto refundido 1/2007.”

TERCERO. - Respecto a la cláusula de gastos no olvidamos que el Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que señala: “1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).
2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.
3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).”

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 1 de febrero de 2018: “Resulta obvio y fuera de toda duda que el contrato de préstamo hipotecario en el cual están insertas las cláusulas discutidas por abusivas es un contrato celebrado entre un profesional (el banco prestamista) y un consumidor (los prestatarios) y que la cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación predisuestas por el banco prestamista e impuestas al consumidor sin posibilidad de negociación individual, pues en todo caso el banco

demandado no ha probado que dichas cláusulas hayan sido negociadas individualmente, siendo dicha parte la que en su condición de empresario tiene la carga de probar la existencia de negociación individual de la cláusula (art. 82-2, párrafo 2º, del Real Decreto Legislativo 1/2007), a lo cual debe añadirse lo señalado por la juez de instancia en su sentencia de que es un hecho notorio que la contratación bancaria es una contratación seriada con el empleo de condiciones generales tipo que se imponen en todos los contratos celebrados sin negociación individual por parte del cliente consumidor, siendo tal el caso de las cláusulas sobre gastos generados por la concesión de préstamos hipotecarios, la de cláusula de intereses moratorios para el caso de impago.

Siendo las cláusulas discutidas condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, según el art. 80 -1 del Texto Refundido de la Ley General d para la Defensa Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, son requisitos de las mismas: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, b) accesibilidad y legibilidad, c) buena fe y justo equilibrio. A su vez el art. 82-1 del citado Texto Refundido fija el concepto de cláusulas abusivas señalando que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato", señalando el apartado 3 de dicho precepto que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa"

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es contraria a las exigencias de la buena fe y por ello abusiva, cuando la misma imponga al consumidor obligaciones o cargas contractuales que pueda presumirse que éste no hubiera aceptado de haber existido una negociación individual en un plano de igualdad entre las partes. Asimismo tal Tribunal tiene establecido que una cláusula no negociada individualmente inserta en un contrato entre un profesional un consumidor causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en perjuicio del consumidor, cuando la misma coloca al consumidor en una posición jurídica más desfavorable para sus derechos e intereses que la que le corresponde por la aplicación

de la normativa estatal aplicable al caso. Y en relación a esto último hemos de señalar que si bien en el ámbito del Derecho privado, por regla general, las normas legales tienen un carácter dispositivo que permite su alteración por pacto entre los contratantes, cuando estamos ante un contrato entre un profesional y un consumidor y la estipulación no es objeto de negociación individual, si la misma altera el Derecho dispositivo en perjuicio del consumidor, sin que exista causa que lo justifique, la estipulación debe considerarse como abusiva."

Establecida la calidad de condición general de la contratación por la entidad demandada, a esta correspondía, como alega, la prueba de una negociación individualizada.

Es cierto que en la escritura notarial aparece que el Notario tiene a la vista del documento que contiene la oferta vinculante presentada por la entidad acreedora a la parte prestataria en el cual se le advierte del derecho citado a examinar el proyecto de escritura, y en las condiciones financieras contenidas en dicha oferta no existen discrepancias con las cláusulas financieras de la presente escritura.

Sin embargo no disponemos de copia alguna de esa oferta vinculante que por tanto no ha podido ser sometida en sus términos, sin olvidar lo señalado en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 28 de diciembre de 2017 al indicar: *"En la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Supremo señala que no puede estimarse cumplida la obligación de informar sobre las características y riesgos del préstamo multidivisa cuando el mismo es otorgado ante notario, pues tal fedatario público interviene al final de la contratación, limitándose a dar lectura de las cláusulas principales del contrato, pero sin dar explicación de las mismas, y además no es razonable que en dicho momento el prestatario opte por desistir del contrato preparado. También señala que no es posible considerar cumplida la obligación de información en el caso que el contrato contenga una cláusula de estilo en que se haga constar que el prestatario es conocedor de los riesgos que implica el contrato, pues aquí estamos ante una cláusula de estilo formalizada e insertada en el contrato de modo general, que no puede eximir al banco de la carga de probar que la información sobre los riesgos del producto se realizó debidamente en fase precontractual."*

Así pues, no cabe sin más considerar, dadas las limitadas y manifestaciones realizadas por el Notario, que la información personalizada de la oferta vinculante, aun existiendo, diera lugar a un conocimiento cabal y real de la cláusula que nos ocupa, y en todo caso fuera objeto de una real negociación entre las partes, más allá de la posible información y conocimiento de los términos de la misma, y recordemos, esos propios términos en su redacción.

No podemos dejar de señalar que la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 2 de diciembre de 2016 nos indica que "no podemos estar de acuerdo con esta tesis de que solo por la falta de oferta vinculantes la cláusula suelo no supere el control de inclusión, lo que es tanto como entenderla por no puesta.

La falta de transparencia formal o documental puede existir cuando la cláusula se redacta de tal manera que puede dudarse de que haya sido verdaderamente conocida por el prestatario. En tal caso la cláusula es nula, pero no por falta de negociación, ni porque la cláusula no responda al proyecto de contrato que se tenía en mente, sino por falta de conocimiento, y por tanto ausente de la cláusula el requisito del consentimiento. Sin embargo en este caso la cláusula aparece en la escritura redactada de forma clara. No puede decirse que el cliente no haya tenido la posibilidad de conocerla.

Ciertamente podría decirse que si la cláusula suelo aparece también en la oferta vinculante se asegura el conocimiento de la misma por parte del cliente. Pero la oferta vinculante no es la que asegura el control de inclusión, que debe hacerse a la vista de la escritura de préstamo. Lo que está en la base de la existencia o la ausencia de la oferta vinculante es la existencia o no de negociación, pues la oferta está en la base de los contactos entre el banco el cliente para que este sepa cómo va ser su préstamo hipotecario. Por este motivo la falta de oferta vinculante puede indicar una falta de negociación de la cláusula, lo que permite pasar del control de inclusión al control de contenido a efectos de poder calificar la condición general como abusiva. Pero una falta de negociación no supone falta de consentimiento, pues por principio todas las condiciones generales no son negociadas, lo que permite someterlas al subsiguiente control de contenido, pero son condiciones consentidas y aceptadas, lo que quiere decir que son cláusulas claras y transparentes, por lo menos en su aspecto formal o documental, porque han superado el control de inclusión.

Toda esta doctrina es la que está en la base de las SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, y también en la de 25 de marzo de 2015, y el Juzgado de lo Mercantil, que exige la oferta vinculante para el control de inclusión de la cláusula suelo, se aparta de esta doctrina y no puede mantenerse.

Ciertamente la tesis del Juzgado es la misma que algunas sentencias de Audiencias Provinciales que declaran que a falta de oferta vinculante la cláusula suelo no se incorpora al contrato porque no supera el control de inclusión. Hemos podido encontrar las sentencias de las AAPP Madrid sección 28 de 10 de junio de 2016, Pontevedra sección 1ª de 19 de febrero de 2016 (ROJ SAP PO 166/2016), y Valladolid sección 3ª de 30 de mayo de 2016 (ROJ SAP VA 589/2016). Sin embargo, son mayoría las que no

vinculan la falta de oferta vinculante con el control de incorporación, sino que examinan la legalidad de la cláusula desde el punto de vista de la falta de transparencia real, que es lo que esta Sección ya hecho en la sentencia de 27 de junio de 2016. Así AAPP Barcelona sección 15 de 30 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6090/2016), 27 de junio de 2016 (ROJ SAP B 6113/2016), y 17 de marzo de 2016 (ROJ SAP B 3530/2016), Valladolid sección 3ª de 8 de febrero de 2016 (ROJ SAP VA 193/2016), Vizcaya sección 4ª de 29 de abril de 2016 (ROJ SAP BI 852/2016), y 30 de junio de 2015 (ROJ SAP BI 1465/2015), Asturias sección 7ª de 11 de julio de 2016 (ROJ O 1996/2016), y sección 4ª de 8 de julio de 2016 (ROJ SAP O 2140/2016), y Pontevedra sección 1ª de 1 de diciembre de 2015 (ROJ SAP PO 2481/2015).

En esta última se dice lo siguiente: "La STS de 9 de mayo de 2013 señala a este respecto que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Pero lejos de imponer una determinada forma o mecanismo de información precontractual, lo que la sentencia establece es que, en el caso de cumplirse las exigencias previstas en la repetida Orden Ministerial, se entiende que, en principio, la cláusula supera el filtro de inclusión o incorporación, mas ni ello implica que el incumplimiento de tales requisitos comporte que la norma no sea transparente en el sentido de clara y comprensible, ni que su cumplimiento garantice siempre la transparencia de la norma, sino que habrá que analizar las circunstancias concurrentes en cada caso".

Recordamos así la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 22 de febrero de 2018 al señalar: "Una de las características, sino la principal de las condiciones generales, es como dice el artículo 1.1 su imposición por el predisponente empresario al consumidor adherente de forma que este no tiene otra alternativa que su aceptación. La imposición equivale a la falta de negociación, porque el resultado de su incorporación al contrato no es el resultado de una oferta que puede ser modificada o no, lo que es característico de la negociación en sede contractual. Por el contrario, el préstamo hipotecario ha venido a ser cada vez más un contrato estandarizado, en la medida en que la mayor parte de sus cláusulas, y también esta de los gastos, son las mismas, no solo entre los préstamos de una entidad, sino en los de todas las entidades, de forma que la única variación se deja para aquellos

elementos que forman parte de la economía del contrato o prestaciones que constituyen la sustancia del mismo, como es el capital del préstamo, el tipo de interés, la duración del plazo, y el valor de la garantía. Estos sí que son elementos que varían de un préstamo a otro, como no puede ser menos, y son los únicos sobre los que existe en realidad una verdadera negociación. Que esto sea así no es algo ni positivo ni negativo en principio. Todos convenimos en que lo que le interesa a la persona que pide un préstamo hipotecario son sobre todo sus condiciones económicas, que se refieren al capital prestado, al plazo y al interés. En cambio, las cláusulas que se refieren a las condiciones jurídicas, por conocidas o por venir muchas de ellas impuestas por la ley, no merecen del prestatario muchas veces ni tan siquiera una lectura detallada. A esta categoría pertenecen una multiplicidad de cláusulas: obligación de pago de las cuotas, domiciliación de pago, devengo de intereses, comisiones, gastos, vencimiento anticipado, obligación de conservación de la cosa hipotecada, etc... Algunas de estas cláusulas hacen referencia a aspectos económicos del contrato, como las comisiones o los gastos, lo cual no impide que por no pertenecer a lo que llamamos la económica esencial del contrato, puedan ser objeto de regulación mediante el siempre menos complicado procedimiento de las condiciones generales.

.....Se alega en primer lugar que la cláusula de gastos ha sido negociada. Por negociación ha de entenderse lo que comúnmente se entiende, no solo el conocimiento o la posibilidad de conocerla, sino el carácter no necesario de la misma en la medida en que haya sido posible, aunque de hecho no lo haya sido, alguna modificación por parte del consumidor. Pues bien, por muchos motivos la negociación ha estado ausente. En primer lugar, si convenimos en que se trata de una condición general, lo propio de estas es su falta de negociación, por lo que se presume su carácter no negociado. Tendrá que ser el banco que afirma la negociación el que lo pruebe, y en este caso no lo prueba.

En segundo lugar, la cláusula contiene los elementos característicos de toda falta de negociación. Lo primero que llama la atención en estas cláusulas llamadas de gastos es que, regulándose en el seno de las mismas el pago de toda una serie de gastos de muy diferente tipo y naturaleza, que van desde los honorarios del Notario hasta los derechos del registrador, desde los gastos de tasación a los de gestoría, pasando por el pago de los impuestos, se imputen todos ellos al consumidor prestatario. Lo característico de cualquier negociación es que ante la pretensión del banco de imputar al prestatario todos los gastos de la operación, por lo menos alguno de ellos se hubiera sacado de la cláusula para atribuirlo al banco prestamista. Pero nada de esto se ha hecho evidenciando su carácter no negociado.

En tercer lugar, el banco no prueba que la cláusula difiera de las que hayan incorporado al resto de sus préstamos, como

tendría que haber sido en caso de negociación, pues lo característico de la negociación es la variedad. Y de la misma forma que cuando del tipo de interés, del plazo de devolución, o del importe del capital se trata, los préstamos son diferentes, también podían haberlo sido en lo que a la regulación de gastos se refiere.

Que el consumidor haya conocido el contenido de la cláusula no significa que la haya consentido verdaderamente. Volvemos a la presunción de falta de negociación, que también es presunción de falta de consentimiento. Si lo característico de cualquier condición general es su imposición por el empresario predisponente, no puede haber verdadero consentimiento del consumidor cuando este se ve ante un largo clausulado que no puede modificar. Interesado además como está en que el banco apruebe su solicitud de préstamo por la cuantía del capital que necesita, y al tipo de interés más bajo posible, se ve obligado a aceptar lo que el banco le ofrece a cambio, que es el pago de todos los gastos del préstamo sin posible discusión. No hay verdadero consentimiento como no ha habido negociación”.

Observamos que en esa cláusula se señala que será de cargo de la parte deudora todos los gastos e impuestos que origine la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, tasación, una copia liquidada e inscrita para la Caja, modificación, cancelación, las costas, gastos y perjuicios que ocasionen al acreedor para hacer efectivo el préstamo, incluso honorarios de abogado y procurador, si de ellos se valiere el acreedor y aunque no fuera preceptiva su intervención, etc.

CUARTO.- Declarada pues la nulidad de la cláusula que nos ocupa, hemos de analizar las consecuencias de la misma, y en principio hemos de reproducir lo indicado por la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 al indicar: “Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.
para lo cual desglosamos los diferentes pedimentos.”

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de marzo de 2018 que contempla: “Ahora bien, de la doctrina anterior no debe extraerse la consecuencia jurídica que pretende el prestatario demandante, en el sentido que la nulidad de la cláusula de gastos debe conllevar la consecuencia jurídica inexorable de abonarse al mismo todos los gastos que tuvo que pagar por razón de la misma.

Y ello no es así porque en el caso de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos concurre la peculiaridad que tales gastos

no se han abonado al banco prestamista sino a terceros que han girado la correspondiente factura (en el presente caso la notaria, el registro de la propiedad, la gestoría y la sociedad de tasación), por lo cual el abono de tales gastos por el banco no puede ser consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil sólo los efectos jurídicos de la nulidad de un contrato, dado que al no haber recibido el banco tales gastos no tienen la obligación de restituirles con sus intereses legales, como así ocurre con todas las cantidades que se perciben por razón de un contrato nulo. En tal sentido nos pronunciábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, en la que citábamos sobre tal particular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava nº 501/2017, de 17 de noviembre (Ponente don Iñigo Elizburu Aguirre). Ahora bien, como señalábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, la nulidad por abusiva implica restituir al consumidor prestatario a quien se ha impuesto tal cláusula a la situación fáctica y jurídica que tendría de no existir tal cláusula, que como hemos dicho debe considerarse no puesta y expulsada del contrato, y en tal sentido debe considerarse que en virtud de la misma abonó gastos que no le correspondía haber pagado, pues era gastos no debidos para el mismo y que debían haber sido pagados por el banco prestamista, con lo cual se ha producido una situación en enriquecimiento injusto por pago indebido, y ello en el sentido que el pago del gasto que no corresponde pagar al prestatario por ser de cargo del banco prestamista supone un desplazamiento patrimonial que empobrece al prestatario que lo realiza de forma no debida y que correlativamente enriquece al banco que se ve liberado de realizar un pago que tenía la carga de realizar, y ello sin que exista causa que legitime o sirva de título al desplazamiento patrimonial que implica el pago, dado que la cláusula de gastos que en un principio justificó tal pago ha sido declarada nula por abusiva y por ello se tiene por no puesta. Tal argumentación, permite reclamar al banco prestamista el abono de las cantidades pagadas por el prestatario cuando tales cantidades no eran debidas para el mismo y lo eran para el banco, pero no permite la reclamación de los gastos que si eran debidos para el prestatario, es decir los gastos que el prestatario tenía la obligación de pagar al margen de la cláusula de gastos, o dicho de otra forma los gastos que hubiera pagado de no haber existido la cláusula de gastos."

También podemos reproducir lo señalado por la ya aludida sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de 22 de febrero de 2018: "Al respecto decíamos en la sentencia de 5 de febrero pasado que "a pesar de la prohibición de moderación de una cláusula que se declara abusiva, la mayor parte de las Audiencias entienden que la nulidad de la cláusula que impone todos los gastos del préstamo al prestatario es compatible con

que el Banco solo devuelva al prestatario parte de los gastos que ha pagado. Ello es así porque la devolución que hace el Banco no es un efecto directo de la acción de nulidad ex artículo 1303 del Código Civil porque no es al banco a quien el prestatario ha pagado los distintos gastos de notaría, registro, gestoría, tasación, etc... Y por supuesto ninguno de estos profesionales está obligado a devolver aquello que recibieron al tratarse de un pago recibido de buena fe, aunque lo fuera por quien no estaba obligado a hacerlo. La responsabilidad del Banco obligado a la devolución surge como consecuencia de haber dado lugar al pago por el prestatario mediante la introducción en el contrato de una cláusula que se ha declarado abusiva, lo que es propio de una responsabilidad fundada en el artículo 1101 del Código Civil, la cual si es posible moderar. Por lo tanto, la posible devolución parcial de solo algunos gastos, o de parte de ellos, no es consecuencia de la declaración de nulidad parcial de la cláusula, que es lo prohibido por la jurisprudencia comunitaria, sino de que haya una relación de causalidad entre el pago que ha hecho el prestatario y la cláusula abusiva porque en ausencia de la cláusula el gasto debiera haber sido pagado por el banco. Si en ausencia de la cláusula un determinado gasto hubiera debido ser pagado necesariamente por el consumidor porque así lo impone la normativa sectorial, o si el gasto hubiera debido ser pagado por las dos partes, en tal caso no hay relación de causalidad entre el desembolso hecho por el consumidor y la cláusula abusiva, porque le hubiera correspondido hacer el pago en todo caso".

Conforme a lo anterior la devolución de los gastos no se estima por aplicación del artículo 1303 del Código Civil por lo que resulta intrascendente que se trate de pagos efectuados a terceros. La devolución se estima por la responsabilidad en que ha incurrido el banco al introducir en el préstamo hipotecario una cláusula que se ha declarado abusiva, y que dio lugar a la realización de un pago indebido del cual el banco ha sido declarado responsable por haber dado lugar a él.".

Así pues, hemos de afirmar la legitimación de la entidad demandada en relación a la reclamación dineraria realizada, no es consecuencia (aunque tiene su razón final), reiteramos, de la declaración de nulidad de la cláusula sino de que haya una relación de causalidad entre el pago que ha hecho el prestatario y la cláusula abusiva porque en ausencia de la cláusula el gasto debiera haber sido pagado por el banco.

QUINTO.- Así pues hemos de realizar un análisis de las consecuencias de la nulidad declarada, en relación a cada uno de los gastos discutidos, centrándose en este particular la petición de la actora.

1.-Con referencia a los gastos notariales, hemos de reproducir lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de marzo de 2018, al señalar: "El Arancel de los Notarios está regulado por el Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, que en su regla sexta señala: "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

No consta que una de las dos partes haya requerido de forma exclusiva los servicios del Notario que autorizó la escritura, y el hecho que ésta se otorgase según minuta aportada por la entidad financiera no implica que ésta sea quien requiere en exclusiva la intervención notarial, siendo perfectamente posible que ambas partes soliciten la intervención del Notario para redactar una escritura conformada por las condiciones generales de la contratación predispuestas por el banco prestamista. Entra por ello en juego la regla del interesado en el otorgamiento de la escritura notarial que formaliza el préstamo hipotecario, y aquí hemos de señalar que ambas partes están interesadas en su otorgamiento, la entidad financiera en cuanto que con la misma obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción la permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo, y el prestatario en cuanto que con la misma puede obtener un préstamo hipotecario con el cual conseguir financiación para comprar su vivienda habitual, siendo obvio por otra parte que en con el préstamo hipotecario los intereses remuneratorios a pagar son más bajos que un préstamo personal que no precisa del otorgamiento de escritura. Por ello rige el principio de reciprocidad de intereses y ambas partes deben quedar obligadas a pagar por su mitad la minuta del Notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario, y ello conforme lo dispuesto en los arts. 1.289 y 1.138 del CC. Este es el criterio seguido por la juzgadora de instancia y por la mayoría de las Audiencias que se han pronunciado sobre el tema."

Obrante en el documento nº 3 de la demanda, factura por abono de estos gastos, la cantidad a abonar por este particular ascendería a 302,49 euros y dada esta ponderación de gastos entre las partes, no cabe realizar otro análisis por ejemplo sobre el real destino de una posible copia simple o cada uno de los conceptos desglosados en la factura.

2.- Respecto a los gastos registrales, continuando con la sentencia mencionada, de 5 de marzo de 2018: "El Arancel de los Registradores de la Propiedad aparece regulado por el Real Decreto 1.427/1989, de 17 de noviembre, que en su regla octava señala que: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o

aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a las personas que hayan presentado el documento..."

Pues bien, la hipoteca en cuanto derecho real o gravamen que garantiza el préstamo concedido se inscribe a favor de la entidad financiera que concede el préstamo como prestamista y es por ello acreedora con la garantía de la hipoteca, siendo a su vez la principal interesada en tal inscripción con la cual queda garantizado su crédito, pues la inscripción de una hipoteca tiene carácter constitutivo, y su existencia y vigencia es requisito imprescindible para iniciar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria contra el deudor moroso que ha incumplido el préstamo. No obstante, hemos de señalar que la hipoteca también favorece e interesa al prestatario, pues gracias al gravamen que representa y que garantiza el cumplimiento del préstamo, el prestatario tiene la opción de obtener financiación para adquirir su vivienda, y sin la misma, ora no tendría acceso a tal financiación ora el préstamo personal que se le concedería tendría un interés más elevado, pues como es sabido sin hipoteca hay mayor riesgo y a mayor riesgo el interés a pagar aumenta, por lo cual no sería abusiva una cláusula que repartiese por partes iguales el pago de los gastos registrales. No obstante, ello, siendo nula por genérica y omnicomprendensiva la cláusula que impone al prestatario todos los gastos derivados del préstamo, en aplicación del Arancel de Registrador los gastos registrales por la inscripción de la hipoteca deben imponerse al banco acreedor en favor del cual se ha inscrito, debiéndose por ello confirmar el criterio de la juzgadora de instancia."

Así pues, y con relación al documento nº 3, en el que también obra factura del Registro de la Propiedad, la cantidad objeto de condena por este particular asciende a 132,31 euros.

3.- En relación a los gastos de gestoría, sin desconocer el criterio que hasta ahora mantenía la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, hemos de señalar que el Tribunal Supremo en sentencias 44, 46, 47, 48 y 49/2016 de 23 de enero, ya concluye de forma reiterada que, y reproducimos lo indicado en la primera de ellas: " **2.-** En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata 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.

3.- Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el 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 de 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.

4.- 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, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Por tanto, procede la estimación del motivo. continúa esta sentencia: "Al ser prestados por una empresa privada no existe normativa que los regule, correspondiendo su pago a quien contrata los servicios de la misma, debiendo presumirse que es la entidad financiera por ser la primera interesada en que se gestione tanto la liquidación del correspondiente impuesto y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo señalarse que estamos ante un servicio privado que no es necesario, pudiendo el prestatario asumir personalmente tales tareas de gestión, que no implican gran complejidad como para requerir los servicios de un profesional, o contratar tales servicios con una gestoría de su elección, que puede cobrar honorarios menores, debiendo por lo dicho considerarse que estamos ante la imposición al consumidor de un servicio complementario o accesorio no solicitado por el mismo, y que como tal está contemplada por el art. 89-4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 como cláusula abusiva. En este extremo la sentencia de instancia condena al banco demandado a abonar la mitad de los gastos de gestoría, y por ello debe darse la razón al prestatario apelante, y con revocación parcial de la sentencia de instancia condenarse al banco demandado a abonar la totalidad de los gastos de gestoría reclamados, esto es 781,66 euros."

En este particular, observando el documento nº 3 de la demanda, en lo que se refiere a la factura de gestoría, la suma se fija en 73,46 euros.

Señalamos que ya en la petición contenida en la demanda, si bien se solicitaba el 100% de los gastos de gestoría, estos se calculaban haciendo una ponderación al 50% de la cantidad contenida en la factura, entendemos, motivado por el hecho de que en dicha factura se incluían también los honorarios de tramitación de compraventa, totalmente ajena a la entidad demandada.

Así se establece en cuanto establece de manera general la atribución al prestatario de gastos genéricos e indeterminados,

que no se especifican y cuyo pago pudiera corresponder, conforme a la normativa aplicable.

Por todo ello, procede la declaración de nulidad en los términos indicado y la cantidad objeto de condena asciende a 508,26 euros.

SEXTO.- También se alega la nulidad, en ambos casos de la cláusula 6^a.- **INTERESES DE DEMORA**, que se establecen en una 19 por ciento nominal.

A estos efectos solo podemos reproducir lo señalado en la sentencia del tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 al señalar: "1.- Cuando se trata de obligaciones dinerarias, no cabe la imposibilidad definitiva de cumplimiento, sino sólo la demora; de tal manera que la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: «Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones».

2.- Dado que el recurrente se refiere a las normas dispositivas de Derecho nacional, nuevamente resulta pertinente la cita del tan mencionado auto TJUE de 11 de junio de 2015, en cuanto distingue entre las normas "especiales" previstas para los préstamos hipotecarios, introducidas por la Ley 1/2013, y la norma "general" constituida por el art. 1.108 del Código Civil. Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una

negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

3.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado."

Recordamos que dicha sentencia de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Recordemos que no se han discutido los términos reflejados en la escritura de préstamo hipotecario, y que ello nos lleva a encontrarnos con que el interés remuneratorio, fijo inicialmente y variable con posterioridad, pactado corresponda a los términos indicados por la demandante, como observamos en la cláusula 3ª INTERESES ORDINARIOS, en la que el interés fijo inicial se señala en 2,800%, y el posterior interés variable en EURIBOR más 0,60, pudiendo aumentar este diferencial por no vinculación, 0,40 y 0,60 euros según la fracción temporal de la vida del préstamo, lo que supone una clara superación de a diferencia de forma totalmente objetiva en el periodo correspondiente al tipo fijo, y de forma real en el periodo restante, recordando que el EURIBOR, consultando las tablas del BOE ha oscilado desde, por ejemplo, desde diciembre de 2010 (BOE 4/1/2010) desde el 1,526%, hasta el actual -0,109%, con algún repunte en 2011, que nunca superior el 2,144%.

Por todo ello procede la declaración de nulidad de esta cláusula.

Así procede la declaración de nulidad de esta cláusula, sin perjuicio de reconocer que ni siquiera la parte actora ha señalado su aplicación, y que como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 aludida por la propia demandada, llegado el caso: ".- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril :

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»".

Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018.

SÉPTIMO.- Se indica por la parte demandada una actuación desleal

Recordamos que Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de diciembre de 2011 señala como necesario para la existencia de este retraso desleal: "Las reglas interpretativas que pueden

deducirse de las sentencias pronunciadas en este tema son las siguientes:

1ª La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (qui iure sui utitur neminem laedit), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTs 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).

2ª Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el art. 1902 CC y otras el art. 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 diciembre.

3ª En cualquier caso deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTs 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". Y la STS 905/2007 dice que "la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005) [...]. Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTs 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)".

4ª Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiéndose la STS 905/2007, que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima qui iure sui

utitur neminem laedit salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis [...]".

Dejando a un lado el tiempo transcurrido desde la firma del contrato, ni siquiera se alega la existencia de una actuación dolosa o negligente, todo ello sin olvidar la importancia que en este tipo de reclamaciones ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

Así por ejemplo, señala la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 2 de marzo de 2018: *"los actores han interpuesto la demanda después de conocerse el criterio del Tribunal Supremo expuesto en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 sobre la abusividad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, por lo cual la no actuación previa no implica ausencia de mala fe o deslealtad, y en segundo lugar con el devengo de tales intereses se compensa a los prestatarios de la pérdida del valor adquisitivo de las cantidades pagadas y, en definitiva, se garantiza la restitución de los mismos a la situación fáctica y jurídica que implica la desaparición de la cláusula abusiva que por ello es nula y se tiene por no puesta."*

OCTAVO.- En referencia a las alegaciones de la demandada sobre la existencia de actos propios confirmatorios de contrario, encontrándonos ante una estipulación de pleno derecho, no cabe hablar de confirmación alguna.

En este sentido sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 17 de octubre de 2013 al señalar: *"El segundo motivo aduce que la validez de la cláusula de duración del contrato ha sido confirmada por los actos propios de la demanda y por el silencio de la misma, durante más de 16 años (artículo 1309, 1310 y 1311 del Código Civil).*

La Ley 26/1.984 aplicable, en el artículo 10 bis, ya disponía que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. Por su parte, el artículo 83.1 del vigente RD Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias también establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

Siendo así que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso puede ser objeto de confirmación ni de prescripción según resulta del contenido del artículo 1310 del Código Civil (STS de 4 de noviembre de 1996)."

NOVENO.- En materia de intereses resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 1.303, 1.101 y 1.108 del Código

Civil, y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con una matización.

Así la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 9 de mayo de 2018: "En el último motivo del recurso de la parte demandada se impugna el pronunciamiento relativo a la imposición de los intereses desde la fecha del indebido cobro, lo cual debe confirmarse pues el devengo de los intereses es algo a lo que la parte actora tiene derecho como consecuencia de la nulidad si se hubiera ejercitado la acción frente al obligado a la devolución conforme al artículo 1303 CC, y siendo así que el banco que ha dado lugar a la nulidad de la cláusula debe incurrir en la misma responsabilidad."

De todos modos destacamos la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018: "1.- El art. 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores, obliga a los Estados miembros a establecer 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 y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 30 de mayo de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, 488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores, STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, 40/08, apartado 42, y ATJ de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost*, 76-10, apartado 50; y SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, asuntos acumulados 154/15, 307/15 y 308/15; y 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, 421/14) afirma que el art. 6.1 debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto. La razón está en el interés público en que se basa la protección de la Directiva, que permite extender su eficacia aplicativa directa por los órganos jurisdiccionales más allá de lo previsto por las normas nacionales.

Como dice la citada STJUE de 26 de enero de 2017, el art. 6.1 "se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas".

2.- En el caso enjuiciado, una vez declarada la abusividad de la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el contrato de préstamo hipotecario y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las

partes el pago de tales gastos. Es decir, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

3.- El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva 93/13 no es directamente reconducible al art. 1303 CC cuando se trata de la cláusula de gastos, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse 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 palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, 483/2016 (Zsolt Sziber):

"34 [...]el Tribunal de Justicia ha precisado, en particular, que, 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 (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:2016:980, apartado 66).

"35 Aunque el Tribunal de Justicia ya ha enmarcado de este modo, en distintas circunstancias y teniendo en cuenta los requisitos de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, la manera en que el juez nacional debe garantizar la protección de los derechos que otorga esta Directiva a los consumidores, no es menos cierto que, en principio, el Derecho de la Unión no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual, y que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales procedimientos,

a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que garanticen una tutela judicial efectiva, como se establece en el artículo 47 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba, C381/14 y C385/14, EU:2016:252, apartado 32 y jurisprudencia citada)".

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, ya que el art. 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas, nos encontraríamos ante 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. Puesto que la figura del enriquecimiento sin causa, injusto o injustificado tiene como función corregir un desplazamiento o ventaja patrimonial mediante una actuación indirecta: no se elimina o anula la transacción que ha generado el desplazamiento patrimonial (el pago al notario, al gestor, etc.), pero se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar una cantidad de dinero al que, correlativamente, se ha empobrecido.

Y también tiene similitudes analógicas 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.

4.- Desde este punto de vista, aunque el art. 1303 CC no fuera propiamente aplicable al caso, lo relevante es que la sentencia recurrida no ha respetado las consecuencias a las que obliga la declaración de abusividad, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

De lo que se trata es de la compensación o retribución al consumidor por un gasto que asumió en exclusiva y que, total o parcialmente, correspondía al profesional, pero que no recibió éste, sino que se pagó a terceros.

En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 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). A su vez, la sentencia

331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, "por su especialidad e incompatibilidad", la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida).

5.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado, y al asumir la instancia, por las mismas razones expuestas para estimar el recurso de casación, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista y confirmarse la sentencia de primera instancia, aunque el razonamiento jurídico no haya sido exactamente coincidente."

Cierto es que la petición de la parte actora resulta harto confusa ya que ninguna fundamentación hace a este respecto, pero también lo es que diferencia la petición de intereses legales de la petición de intereses con posterioridad a sentencia, sin que además se haya discutido este extremo en modo alguno por la parte demandada, por lo que procede este pronunciamiento.

DÉCIMO.- En materia de costas, hemos de considerar que en este supuesto, a pesar de la precisión/modificación realizada en relación a la petición dineraria sobre gestoría, nos encontramos ante una estimación sustancial de la demandada.

En este sentido reproducimos lo indicado en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 1 de febrero de 2019, sentencia 34/19, que reproduce una situación idéntica en relación a lo que nos ocupa, señalando: "Aquí hemos de decir que la actora ajustó sus pretensiones a la doctrina reiterada de este tribunal sobre la cláusula de gastos y las cantidades que el prestatario puede reclamar a la entidad de crédito prestamista por haber sido indebidamente pagadas (la mitad de los gastos de notaría, y la totalidad de los gastos de registro y gestoría, con exclusión del impuesto de actos jurídicos documentados), la cual es en lo sustancial coincidente con la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en las recientes Sentencias de 23 de enero de 2019 (considera indebido el pago de la mitad de los gastos de notaría, la totalidad de los gastos de registro por la inscripción de la hipoteca, y la mitad de los gastos de gestoría, mantenido la exclusión del impuesto de actos jurídicos documentados como ya había acordado en la Sentencia de 15 de marzo de 2018)."

Así pues, y teniendo en cuenta además el criterio de buena fe procesal, contemplado en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo adaptado el actor su petición a la doctrina reiterada de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, sustancialmente coincidente con la que luego ha sentado el Tribunal Supremo. Subrayamos que la vista se celebró tras el dictado de las sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49/19, de 23 de

enero, del Tribunal Supremo, y ya en ese momento el actor realizó la modificación de su petición, adaptándose a esa puntual diferenciación realizada por el Tribunal Supremo, por lo que solo podemos concluir la existencia de una estimación sustancial, y por ende imponer las costas a la parte demandada, en sus peticiones.

Así reproducimos lo indicado en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos nº 35/19, también de 1 de enero de 2019, que señala, a sensu contrario: *"Incluso podría señalarse que el recurso es temerario dado que se aparta de la doctrina reiterada sostenida por este tribunal con anterioridad a su interposición, si bien por ser el recurso anterior a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 de enero de 2019, no efectuaremos en este caso declaración de temeridad, pero si advertimos que en lo sucesivo todos los recuso que se aparten de la doctrina del Tribunal Supremo podrán ser considerados como temerarios a los efectos de imposición de costas y, en su caso, de lo previsto en el art. 247 de la LEC, pues interponer recursos que se sabe que son improcedentes por no ajustarse a la doctrina jurisprudencial consolidada es de todo punto temerario y no acorde con las exigencias de la buena fe"*.

Repetimos, la parte actora, ya ajustó sus peticiones al criterio reiterado por la Ilma. Audiencia de Burgos, sustancialmente coincidente con el finalmente acogido por el Alto Tribunal.

Refiere la parte demandada la existencia de dudas de derecho, pero hemos de señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 resulta muy anterior a esta reclamación y ante ello se ha opuesto a la totalidad de los pedimentos de la actora. Además, constan pronunciamientos de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos en el sentido que nos ocupa (con la matización señalada), anteriores incluso a la propia presentación de la demanda.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso.

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] frente a CAIXABANK, S. A., representada por la Procuradora [REDACTED] y debo declarar y declaro la nulidad de:

- la estipulación 5ª.- GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO
- la estipulación 6ª.- INTERESES DE DEMORA



incluidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de .

Debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora la suma de trescientos dos euros con cuarenta y nueve céntimos (302,49 euros), ciento treinta y dos euros con treinta y un céntimos (132,31 euros) y setenta y tres euros con cuarenta y seis céntimos (73,46 euros) lo que hace un total de QUINIENTOS OCHO EUROS CON VEINTISEIS CÉNTIMOS (508,26 euros) más los intereses legales desde la fecha en que se pagaron las mencionadas cantidades.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente Sentencia en forma legal a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme pudiendo interponer recurso de apelación en el término de veinte días en este Juzgado para ante la Iltma. Audiencia Provincial de Burgos.

Adviértase a las partes que de conformidad con el art. 19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, de interponer recurso deberán constituir el depósito de 50 euros, debiéndose ingresar en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en Banco Santander con el nº 4673 0000 04 1484 18.

Así por ésta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.
E/.

PUBLICACIÓN.- Dada leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.