

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE
DONOSTIA**

**DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 8 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST.JAUREGIA 1 1ªPLANTA - CP./PK: 20012
TEL.: 943-000738
FAX: 943-000706

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/010033
NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0010033

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 1413/2017 - H

SENTENCIA Nº 428/2018

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA FRANCISCA FUSTERO AZNAR
Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN
Fecha: nueve de abril de dos mil dieciocho

PARTE DEMANDANTE:

Abogado/a:
Procurador/a: ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI

PARTE DEMANDADA BANCO SANTANDER S.A.
Abogado/a:
Procurador/a: PABLO JIMENEZ GOMEZ

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora Dª Ana Arrizabalaga Lerchundi, en la representación que tiene acreditada interpuso demanda frente a BANCO SANTANDER en la que se solicitaba la nulidad de las siguientes la cláusula relativa a la imposición de los gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante, interesando su expulsión del contrato y que se abonase al prestatario las cantidades que se hubiesen abonado en concepto de gastos de Notaría, Registro y Gestoría.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario, quien presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda.

TERCERO. Admitido a trámite el escrito de contestación se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar en fecha 28 de febrero de 2018, a la que comparecieron ambas partes debidamente asistidas y representadas, con el resultado que obra en el acta videográfica.

Debe indicarse que, en el presente caso, no existe controversia acerca de la cuantía de la demanda, que ambas partes fijan en

Admitida la prueba en los términos registrados en soporte de grabación y habiendo admitido únicamente prueba documental, quedaron los autos vistos para sentencia (art.429.8 LEC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

La parte actora ejercita frente a la demandada una acción de nulidad de las condiciones generales de las contrataciones relativas a la imposición de gastos al prestatario incluida en las escrituras de préstamo hipotecario de 15 de julio de 2016.

En concreto expone en su demanda que tal cláusula no fue negociada individualmente, que está redactada de forma indeterminada y genérica, y que genera un importante desequilibrio entre las partes. Asimismo, entiende que en virtud de la cláusula de gastos se impone al consumidor el abono de cantidades que competen a la entidad demandada. El prestatario abonó los gastos de Notaría, Registro, Gestoría, Tasación e IAJD, cuya restitución por la entidad bancaria reclama. La cantidad reclamada asciende :

La demandada, por su parte, se opuso a las pretensiones de la actora defendiendo la validez de la cláusula en cuestión porque expone con claridad los gastos que debe afrontar el prestatario y porque no le impone gastos que no le corresponden, y porque la parte prestataria aceptó expresamente su abono. Asimismo, y dado que el Banco Santander no fue el destinatario de los pagos realizados, no es posible la "restitución " de los mismos, y no resulta de aplicación el art 1303 CC.

SEGUNDO.- Carácter negociado de la cláusula.

En el presente caso, a falta de otras pruebas, de la documental obrante en autos, no puede concluirse que hubiera existido entre las partes una negociación individualizada de la cláusula en cuestión. Es la entidad demandada quien tenía la carga de probar este aspecto, y ante la falta de prueba, cabe concluir que no existió dicha negociación y que por tanto nos hallamos ante condiciones generales de la contratación (artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y art. 82.2 del TRLDCU.

TERCERO.- Clausula de gastos

La cláusula quinta del contrato de préstamo de 15 DE JULIO DE 2016 indica que : *"I.- Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de tasación de la finca, así como todos los que origine esta*

escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, su primera copia y una copia simple, ambas para el BANCO.

En el caso de no residentes y en el supuesto de cualquier legislación aplicable estableciese la obligación de realizar, sobre los importes a pagar al Banco, deducciones o retenciones de, o a cuenta de, cualquier tipo de impuesto, el importe debido se incrementará de tal forma que, efectuada dicha retención o deudcción (...)

Serán asimismo de cuenta de la parte prestataria todos los gastos derivados de la conservación y del seguro de daños, que incluirá necesariamente el riesgo de incendios de la finca hipotecada, en los términos que resultan de la Cláusula "OCTAVA.- Seguros, tributos y conservación de la finca hipotecada".

La parte prestataria se compromete a otorgar, con gastos a su cargo, cuantas escrituras de subsanación o aclaración de la presente, fueran necesarias para que ésta pueda quedar inscrita en el Registro de la Propiedad y las complementarias a que haya lugar con motivo de este contrato, salvo cuando el motivo de la subsanación o aclaración sea imputable al banco. Su negativa a efectuarlo, una vez requerida para ello y dentro del plazo que el BANCO señale, será causa de vencimiento de la obligación y facultará al BANCO para reclamarla. La parte prestataria apodera en este acto al BANCO para subsanar o completar aquellos defectos puestos de manifiesto en nota oficial o en información verbal de calificación registral.

También serán de cargo de la parte prestataria los gastos de correo u otros medios de comunicación, de acuerdo con las tarifas postales y de comunicaciones vigentes en cada momento, en que pueda incurrir el Banco en cualquier operación que en su trámite así lo requiera.

II. El BANCO queda facultado en este acto por la parte prestataria para suplir los pagos debidos por la misma, a tenor de lo pactado en el precedente apartado I, y cargarlos a cuenta de éste en cualquier momento.

Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho, y sin necesidad de reclamación alguna, intereses de demora con arreglo a la cláusula SEXTA y quedarán garantizados con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula NOVENA.

La totalidad de los débitos vencidos de la parte prestataria, derivados de esta operación, y que se hallaren pendientes de pago en cada momento, tendrán la consideración de deuda única a los efectos del artículo 1.169 del Código Civil, sobre lo cual, el BANCO no estará obligado a admitir pagos parciales.

Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones".

TERCERO.- Control de validez de la cláusula.

La cláusula en cuestión, dado que no incide en el objeto principal del contrato, debe ser sometida al control previsto en el 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el cual establece que *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*.

Para llevar a cabo ese control de abusividad debemos partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementaria (en adelante TRLGDCU), el cual establece que *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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”*.

De modo que son tres los requisitos que han de concurrir para que podamos hablar de cláusula abusiva. En primer lugar debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente, lo cual ya ha quedado fijado en virtud de las reglas que rigen la carga de la prueba; en segundo lugar, la cláusula ha de ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual; y en último lugar debe generar un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor.

Los dos últimos elementos han sido precisados en cuanto a su contenido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Así, entre otras, la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus S.A. & Jesús Gutiérrez García, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60) declara que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en el derecho nacional. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente.

Por otro lado, esta misma STJUE, en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “contrariamente a las exigencias de la buena fe”, señala que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, APARTADO 69).

De modo que la buena fe es entendida como una regla de conducta, un juicio del comportamiento del predisponente, que ha de ser leal y equitativo, o lo que es lo mismo, un deber de no aprovecharse de la posición de dominio que le viene conferida por la predisposición. De manera que una cláusula es contraria a la buena fe cuando obedece a una distribución de los derechos y obligaciones del contrato que se ha hecho teniendo en cuenta exclusivamente los derechos del predisponente.

VALORACIÓN GLOBAL DE LA CLÁUSULA

Una primera lectura de la cláusula permite apreciar que prácticamente la totalidad de los gastos que derivan del contrato han sido impuestos a una sola parte, el consumidor. Ello, en base a lo señalado, resulta desproporcionado, por no respetar en absoluto el carácter recíproco de las obligaciones que para las partes han de surgir del contrato, y por tratarse de una distribución de las obligaciones que ha realizado el predisponente teniendo en cuenta únicamente sus derechos e intereses. Además la cláusula en sí es oscura, de difícil comprensión para un consumidor medio, y no sólo impone los gastos al prestatario, sino que atribuye al Banco facultades exorbitantes, tales como poderes para subsanar escrituras, así como la facultad de cargar gastos en la cuenta del prestatario, y de modificar las normas legales de imputación de créditos.

Con independencia de que la atribución al consumidor de algunos de los gastos pueda vulnerar normas de carácter imperativo, la propia forma en que la cláusula está redactada, o el carácter onmicomprensivo de su contenido, resultan en sí contrarios a la regulación contenida en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU como iremos viendo a continuación.

VALORACIÓN INDIVIDUAL DE CADA UNO DE LOS GASTOS

En relación con la cláusula de gastos controvertida, la parte actora invoca, entre otros, como fundamento jurídico de la abusividad lo dispuesto en el artículo 89 TRLGDCU, el cual establece que *“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).[...] c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”*. Si bien el artículo citado se refiere a la compraventa de viviendas, la jurisprudencia entiende (STS de 23 de diciembre de 2015) que la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición y que, por tanto, el precepto resulta de aplicación en supuestos como el de autos.

Analizamos a continuación, no sólo a la luz del artículo 89 del TRLGDCU, sino de toda la legislación vigente, si la cláusula de gastos resulta abusiva, analizando por separado los distintos gastos incluidos en la cláusula controvertida.

Gastos de tasación

La tasación del inmueble es una actuación precontractual cuyo coste normalmente es asumido por el prestatario, ya que es éste quien debe proporcionar dicha información a la entidad

prestamista a fin de que pueda elaborar una oferta, tanto en relación al préstamo, como a las condiciones de la hipoteca, que se adecue al valor del inmueble que va a servir de garantía.

Así, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, dispone en su artículo tercero bis I) que *"Las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación"*. La cláusula controvertida tampoco limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que repute más conveniente.

Igualmente hay que tener en cuenta que, si bien el banco tiene interés en la tasación del inmueble, a efectos de un eventual procedimiento de ejecución y de conocer cuál es el valor real del bien que le sirve de garantía, es el prestatario quien ofrece al banco ese inmueble como garantía del préstamo que le interesa recibir. De modo que es el consumidor quien tiene mayor interés en la tasación del inmueble.

En este caso, la parte de la cláusula que impone los gastos de tasación al prestatario no puede considerarse abusiva por contravenir ninguna disposición general, e igualmente tampoco podemos decir que se trate de una cláusula indeterminada u oscura, pues de la simple lectura de ese apartado, se puede conocer cuál es el específico contenido de la obligación que está asumiendo el consumidor.

Gastos que origine la escritura hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, incluidos Aranceles notariales y registrales. Gastos derivados de las escrituras de subsanación o aclaración

En primer lugar, y por lo que respecta a los honorarios de Notario, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, la cual 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 fueran varios, a todos ellos solidariamente"*.

Interesado es la parte a la que beneficia la actuación notarial, y puede decirse que ambas partes del contrato resultan interesadas en la misma. Por un lado, el banco quien obtiene con la hipoteca un título ejecutivo y adquiere la posibilidad de ejecución especial. Además, la formalización de la escritura pública constituye un requisito imprescindible para el acceso posterior de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, el prestatario adquiere un inmueble mediante compraventa, y el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda. También cabe destacar que través de la constitución de la garantía hipotecaria, se establecen unos plazos de amortización y un tipo de interés inferior al que se fijaría en el caso de concederse un préstamo personal.

En cuanto a los gastos registrales, 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 “1. *Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos 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) de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado* 2. *Los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten*”.

La normativa indica, por tanto que los derechos del Registro se pagarán por la persona a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Así, la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, pues la inscripción de la hipoteca sería imposible si no es el dueño el que intenta procurarla mediante su consentimiento; además, el Banco difícilmente va a prestar el capital solicitado si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Concretamente, en el caso del arancel registral, también la aplicación de la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa, y en este caso la estipulación ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante. Dicha cláusula es abusiva en la medida que hace cargar al consumidor con todos los gastos derivados de la preparación de la titulación, también los que son a cuenta del Banco porque este tiene el mismo interés en inscribir el derecho

Por consiguiente, la imposición de todos los gastos Notariales y Registrales al prestatario genera un desequilibrio en las prestaciones, puesto que tanto prestamista como prestatario tienen interés en tales actuaciones. Este interés compartido ha sido declarado también por la reciente Sentencia del TS de 15 de marzo de 2018.

Gastos de cancelación de hipoteca

El artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria dispone que “*podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas [...] cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado [...]*”.

La cancelación registral de la hipoteca no es obligatoria, ni es la causa de extinción del préstamo. El préstamo se extingue por el completo pago del mismo, lo que a su vez da lugar a la extinción de la garantía hipotecaria. No obstante, no cabe duda de que la cancelación registral de la hipoteca es necesaria a fin de que frente a terceros, pueda el prestatario acreditar la extinción de la carga que grava su inmueble.

En este sentido se entiende que es el deudor quien tiene derecho e interés en que se le reconozca que ha cumplido con sus obligaciones, así como el que tiene derecho e interés en que dicho reconocimiento se refleje en el Registro de la Propiedad. Para que pueda hacerse constar en el Registro es necesario que se haga constar en escritura pública.

Así la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, la cual 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 fueran varios, a todos ellos solidariamente"*.

Y 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 *"1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos 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) de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado 2. Los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten"*.

Por tanto, en base a esta regulación corresponde al prestatario asumir los gastos de cancelación de hipoteca, por ser la persona a cuyo interés se realiza la misma.

Podría entenderse también, que el origen de ésta obligación se halla en el artículo 1168 del Código Civil, el cual establece que *"Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor"*.

En todo caso, no se puede considerar que la parte de la cláusula de gastos que impone al consumidor el pago de los gastos de cancelación de hipoteca sea abusiva por contravenir normas de carácter imperativo (art.89 TRLDCU). Así como tampoco puede considerarse que se trate de una redacción que no se ajusta a las exigencias de concreción, claridad y sencillez, pues de la mera lectura de dicho apartado puede comprenderse su contenido y alcance.

Gastos de tramitación ante cualquier oficina pública

Respecto a los gastos de gestoría, es notoriamente cierto que la práctica habitual en las entidades bancarias, es la de requerir la intervención de una empresa gestora que lleve a cabo la tramitación precisa para la constitución del préstamo hipotecario. Evidentemente, se trata de una intervención que si bien resulta útil para las partes, no es necesaria. La imposición al consumidor del pago de los gastos de gestoría, sin que éste hubiera tenido la opción de rechazar dicha intervención, ni de conocer la repercusión económica de la misma, resulta abusivo. Y así se plasma en el artículo 89 del TRLDCU que establece que *"En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados. 5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación [...]"*.

En el presente caso, no ha quedado acreditado que la parte actora hubiera solicitado la intervención de la gestoría y tampoco se ha acreditado, ni se ha discutido, que ésta haya sido una cuestión acordada por ambas partes. Es por todo lo anterior que resulta abusiva la parte de la cláusula que impone al consumidor el pago de los gastos de gestoría.

Impuestos

La cláusula en cuestión no hace referencia a los impuestos, salvo el segundo párrafo que se refiere a impuestos de no residentes en España, que no es el caso.

En cambio, se reclama en virtud de la acción de nulidad y como uno de sus efectos, la restitución del IAJD, pretensión que no puede ser estimada por dos razones: la primera porque su pago por el prestatario no deriva de la cláusula litigiosa, la cual no menciona el pago de impuestos, sino que deriva de la Ley que regula el impuesto (interpretación concordada de los artículos, 29, 8 y 15 de la LTPAJD). Y la segunda, porque aunque la cláusula contuviese referencias a la imputación de impuestos, y fuese nula por genérica, indeterminada u oscura, no procedería tampoco la devolución de tales cantidades pagadas por el prestatario, ya que este sigue siendo el sujeto pasivo del mismo. Así lo ha declarado la reciente Sentencia del TS de 28 de febrero de 2018.

Gastos de seguro de conservación y de daños del inmueble.

Este apartado de la cláusula tampoco puede considerarse abusivo, y en este aspecto, citaré simplemente, la célebre Sentencia de 23 de diciembre de 2015 que indica que "En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro"

Gastos de correo u otros medios de comunicación

Nos encontramos ante una estipulación omnicomprendiva y general que impone a los demandantes todos los gastos de correo u otros medios de comunicación que no sólo hayan generado ellos sino que los que haya generado el Banco.

El hecho de trasladar a la parte prestataria todos los gastos pone de relieve la falta de buena fe y, sobre todo, de equilibrio en las prestaciones. Lo más ajustado y equilibrado habría sido negociar que cada parte hiciese frente a los gastos de correo o comunicación que generase y si se hubiese generado por una parte pero estuviesen interesadas las dos, se abonasen por mitad.

La estipulación se aleja de este equilibrio que debería darse en el contrato por lo que infringe lo dispuesto en el artículo 82.4 c) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que dispone que "No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive... c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato" y el artículo 89.4 del mismo texto legal que establece que "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas... 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados."

En consecuencia, se declara abusiva dicha estipulación y, por ello, nula de pleno derecho.

Imputación de pagos

La cláusula Quinta en su último apartado establece que “[...]Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones”.

Es decir se trata de una previsión en virtud de la cual la entidad priva al prestatario del derecho que le concede el Código Civil de elegir, en caso de que tenga varias deudas contra un mismo acreedor, a cuál de ellas desea imputar los pagos. La cláusula recoge un contenido contrario a lo dispuesto en los artículos 1172 y siguientes del Código Civil, de modo que contraviene las normas legales que tratan de proteger al deudor.

Por tanto se trata de una cláusula abusiva por privación de derechos básicos del consumidor, tal y como establece el art.86 TRLDCU cuando dice que *“En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: [...] 4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación. [...] 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”*.

CONCLUSIÓN

Por tanto, y en base a los razonamientos desarrollados, son abusivos todos los apartados de la cláusula de gastos analizados, salvo aquellos que hacen referencia a los gastos de cancelación y tasación, y las primas de seguros.

Pues en este caso, se trata de partidas cuyo pago correspondería al prestatario conforme a la legislación vigente, y además la cláusula recoge de manera sencilla, clara y comprensible el contenido de éstas. De su simple lectura el prestatario puede conocer el alcance y contenido de su obligación, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en lo relativo a los tributos, de los no residentes, que resulta imposible conocer a qué se refiere para un consumidor medio.

En consecuencia, la estimación de la demanda sólo puede ser parcial, porque no se accede a declarar la nulidad de toda la cláusula, excluyendo de tal consideración algunos apartados.

QUINTO.- EFECTOS DE LA NULIDAD

De acuerdo con los art 9.2y 10 de la LGC, el efecto derivado de la nulidad determina la expulsión de la cláusula del contrato, debiendo indicar que el carácter accesorio de esta en nada impide la continuación del contrato, en tanto que éste puede subsistir y cumplir su finalidad sin ella.

En segundo lugar, y en lo que respecta a las pretensiones resarcitorias de la parte actora, En cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad de los apartados que se consideran abusivos, se ha de estar a lo dispuesto en el art. 1.303 del CC, que impone a las partes la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato (en este caso

las cantidades satisfechas por el consumidor en aplicación de los apartados declarados nulos), tratándose de una nulidad radical o de pleno derecho (ex art. 83 TRLGDCU y 8.2 LCGC), no habiéndose producido efecto alguno desde el momento mismo de celebración del contrato (quod nullum est nullum producit effectum), y debiéndose restituir la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase el consumidor de no haberse incluido dicha cláusula en el contrato.

Mas dicha restitución no ha de tener por objeto únicamente aquellas cantidades que el consumidor hubiese satisfecho de más, por corresponder el abono de parte de su cuantía al Banco. Tal y como hemos señalado con anterioridad, dada la generalidad y falta de concreción de las normas que regulan los aranceles de Notarios y Registradores (y por extensión los gastos de gestoría), se admite –a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los impuestos– la posibilidad de existencia de pactos en virtud de los cuales las partes lleven a cabo un reparto o distribución equitativa de los mismos –tal y como afirma el TS en su Sentencia 705/2.015–. No obstante, la declaración de nulidad de las cláusulas que impidan todo reparto equitativo de los gastos, imponiendo íntegramente su abono a la parte más débil del contrato, no ha de conllevar la aplicación de los porcentajes que en esta sentencia se consideran más equilibrados, por cuanto podría suponer una integración o moderación de la cláusula declarada nula, eliminando el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE del Consejo (sobre el efecto disuasorio y el principio de no vinculación, SSTJUE de 21 de diciembre de 2.016, 21 de enero de 2.015, 30 de abril de 2.014, 30 de mayo de 2.013 o 14 de junio de 2.012). Solo de este modo se puede garantizar la no vinculación del consumidor a la cláusula declarada abusiva, así como la disuasión de la entidad bancaria de cara a seguir incluyendo las mismas en sus contratos, por cuanto que de lo contrario, sabiendo que en el peor de los casos dicha cláusula se declarará nula y se aplicará lo previsto en la ley, podría resultar rentable para la entidad continuar empleando las mismas.

En el presente caso, el Banco demandado deberá devolver al consumidor actor la cantidad de ... que son las cantidades que el prestatario abonó en concepto de gastos notariales, registrales y de gestoría, según acredita con los documentos 2 a 4 de la demanda. Esta cantidad devengará intereses desde la fecha de la reclamación judicial.

No ha lugar a la restitución de los gastos de tasación, ni tampoco de los gastos de IAJD, porque se trata de cantidades cuyo pago corresponde al prestatario, y además las cláusula no está afectada de nulidad en estos extremos.

En cuanto a la falta de legitimación pasiva alegada por la demandada, quien invoca que las cantidades no fueron pagadas a la entidad bancaria, y que por ello no se puede dar el efecto previsto en el art 1303 CC, debe indicarse que el efecto restitutorio al consumidor deriva directamente de la jurisprudencia del TJUE antes citada, y que el único beneficiado por los pagos efectuados por el consumidor es el banco prestamista, que no ha desembolsado unas cantidades que le correspondían, luego, es a este a quien compete restaurar el perjuicio causado.

SEXTO. Costas

De conformidad con el art 394.2 LEC, y dado que la demanda ha sido estimada parcialmente, no se imponen las costas a ninguno de los litigantes.

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

FALLO

1º. **ESTIMO parcialmente** la demanda interpuesta por la representación legal de ...
frente a BANCO SANTANDER S.A.

2º. **DECLARO nula de pleno derecho** las cláusulas QUINTA del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, salvo las menciones a los gastos de seguros, tasación y cancelación de hipoteca.

3º **CONDENO** a la demandada eliminarla manteniendo en lo restante la vigencia del contrato y a abonar a la actora la cantidad ..., más los intereses legales desde la demanda.

4º.-NO se imponen costas a ninguno de los litigantes.

Expídase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación a fin de que proceda a la inscripción de la presente sentencia, una vez adquiera firmeza.

Librese testimonio de la presente resolución, que se unirá a los autos, quedando el original en el Libro de Sentencias.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2812 0000 04 1413 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a nueve de abril de dos mil dieciocho.

