

Juzgado de Primera Instancia N°. 1 de Igualada, Sentencia 106/2018 de 30 Abr. 2018, Proc. 278/2017**Ponente: Sanchis Galiana, Carlos.****Nº de Sentencia: 106/2018****Nº de Recurso: 278/2017****Jurisdicción: CIVIL****Diario La Ley**, Nº 9206, Sección Jurisprudencia, 28 de Mayo de 2018, Editorial **Wolters Kluwer**

Un Juzgado contradice al Tribunal Supremo y condena al banco a devolver al cliente lo que abonó por el impuesto de actos jurídicos documentados

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago. No modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y de la cuantía del préstamo. GASTOS. Nulidad de la cláusula que impone al prestatario todos los gastos derivados del contrato. Ocasiona un desequilibrio relevante en perjuicio del cliente consumidor y no permite una distribución mínima de cargas hipotecarias. Si bien la STS nº 147/2018 establece que el sujeto pasivo del IJAD es el prestatario, lo importante es ver si una cláusula concreta es abusiva o no lo es, y en el caso de serlo cuales son las consecuencias. Restitución a los actores de todas las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de dicha cláusula.

El Juzgado de Primera Instancia de Igualada estima la demanda de nulidad de varias cláusulas incluidas en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre los litigantes.

SENTENCIA Nº 106/2018**Juez:** Carlos Sanchís Galiana**Lugar:** Igualada**Fecha:** 30 de abril de 2018**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El día 19 de abril de 2017, la procuradora de los tribunales, Dña. Celia Conill Tort, en nombre y representación de Dña. Manuela y de D. Antonio, debidamente defendidos por el letrado D Carles Pastor García, presentó ante este juzgado demanda de juicio ordinario solicitando la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación, así como en reclamación de cantidad contra la entidad mercantil BBVA S.A., por el que terminó suplicando su íntegra estimación, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- El día 17 de mayo de 2017 se dictó por este juzgado un decreto por el que se admitía a trámite la demanda presentada, y se acordaba emplazar a la parte demandada, con todos los apercibimientos legales, para que la contestase en el plazo de veinte días hábiles.

TERCERO.- El día 8 de noviembre de 2017, la procuradora de los tribunales Dña. Ana Maravillas Campos Pérez Manglano, en nombre y representación de la entidad mercantil BBVA S.A., debidamente defendida por el letrado D Samuel Tronchoni Ramos, presentó ante este juzgado escrito de contestación a la demanda, para oponerse a la misma, por el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando la íntegra desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- El día 18 de enero de 2018, este juzgado dictó una resolución por la que efectuando todos los

apercibimientos legales, se acordaba citar a las partes para el acto de la audiencia previa, que se celebraría finalmente el día 11 de abril de 2018, tras los avatares de tramitación que constan debidamente documentados en las actuaciones y a la que comparecieron las partes debidamente defendidas y representadas, quedando su resultado registrado a través de soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen.

QUINTO.- La prueba propuesta y admitida consistió, después de todos los avatares procesales que constan debidamente documentados en las actuaciones incluida la renuncia a una prueba testifical, en tener por reproducidos los documentos aportados por las partes junto con sus escritos de demanda y de contestación.

Dado que toda la prueba propuesta y admitida consistió en tener por reproducidos los documentos aportados por las partes actora junto con sus escritos iniciales, y en aplicación del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), quedaron los autos pendientes de sentencia.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado, en lo sustancial y dado el volumen de asuntos soportado por este juzgado, todas las solemnidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Ejerza la parte actora con carácter principal la acción de nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación contenidas en el préstamo hipotecario que une a ambas partes (con la consiguiente devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las mismas) otorgado ante notario el día 14 de diciembre de 2006, concretamente de las cláusulas que considera abusivas relativas al abono de gastos e impuestos por parte del prestatario, así como la cláusula de vencimiento anticipado y la que establece los intereses de demora y alega como fundamentos de su pretensión que celebraron dicho contrato de préstamo hipotecario en su calidad de consumidores, que no fueron debidamente informados de que si firmaban el contrato, el mismo establecía determinadas cláusulas por las que se establece que todos los gastos correrán a cargo del prestatario, que ello eran condiciones generales de la contratación, pues no han sido negociadas individualmente habiendo sido las mismas redactadas unilateralmente por el banco e incorporadas al contrato sin cumplir las más mínimas reglas de transparencia, y las mismas son abusivas principalmente porque impone en exclusiva unos gastos que se realizan en interés exclusivo de la entidad prestamista.*

Frente a dichas alegaciones y pretensiones alega la demandada que existe cosa juzgada en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos porque la misma ya fue declarada nula por el Tribunal Supremo tras el ejercicio de una acción colectiva, que el hecho de expulsar jurídicamente una cláusula del contrato no significa que el predisponente deba de asumir por ello todos los gastos y la devolución de unas cantidades que no percibió, que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario que los gastos fueron debidamente aceptados y abonados por la parte prestataria y todo ello en cumplimiento de la legislación vigente, que por ejemplo facturas de, gestoría, notaría o registro fueron directamente giradas por terceros ajenos a la entidad sin que la misma tuviese ninguna intervención en su cobro o pago, siendo abonados todos ellos pacíficamente por los demandantes, que debe de haber límites ante este tipo de reclamaciones, como los que vendrían establecidos por el artículo 7 del Código Civil (LA LEY 1/1889) al ejercitar una acción de nulidad 11 años después de firmar el préstamo, que BBVA no debe cantidad alguna, y que no se le pueden repercutir los gastos que se le reclaman, y que para nada son abusivas en cuanto al fondo unas cláusulas libremente pactadas en pleno ejercicio de los derechos civiles de las partes, todo ello teniendo en cuenta además que no los intereses de demora ni el vencimiento anticipado han llegado a aplicarse nunca, por lo que carece de sentido declarar su abusividad.

SEGUNDO.- En primer lugar, debe de destacarse en primer lugar, que ni se aprecia fraude de ley ni abuso de derecho de conformidad con el artículo 7 del Código Civil (LA LEY 1/1889) ni anda por el estilo pues se trata de instar la nulidad de determinadas cláusulas de un contrato que sigue vigente y produce plenos efectos entre las partes, por lo que en este sentido tanto da que se haya celebrado hace 11 años o hace 2, porque el artículo 7 no limita en principio el ejercicio tardío de las acciones, sino que la manera para reaccionar frente al ejercicio tardío de una acción judicial la concreta nuestro ordenamiento jurídico en la caducidad y/ o la prescripción, puesto que si la acción ni ha caducado ni está prescrita, no puede tratar de conseguirse el mismo efecto por la vía oblicua por la vía del artículo 7 del Código Civil (LA LEY 1/1889), aunque tampoco sea una alegación carente de lógica o de fundamento, si bien no parece dicho precepto aplicable a estos supuestos, y luego en segundo lugar se puede afirmar que el hecho de que ni el interés moratorio se haya aplicado ni tampoco el vencimiento anticipado no es un motivo bastante para no

declarar su abusividad, puesto que el que una cláusula sea abusiva o no lo sea es algo que trasciende a su ejercicio, porque la abusividad no es solamente un medio de defensa ante la aplicación de una cláusula que se pretende abusiva, sino también un medio como para lograr evitar que nunca se produzca la acción en base a la aplicación de unas cláusulas que serían nulas conforme a derecho, por lo que procede el análisis de las mismas aún cuando, a diferencia de las relativas a gastos y comisiones, no han sido aplicadas y según los casos pudiesen no llegar a serlo nunca. Así las cosas, y en cuanto al vencimiento anticipado, cláusula sexta bis del contrato que liga a las partes, se hace necesario subrayar las más recientes matizaciones que a este respecto aporta nuestro alto tribunal, en efecto, dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 (LA LEY 204975/2015):

1- *"En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (LA LEY 11269/2013), sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»"*

2- *"Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio (LA LEY 11653/2015)). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoría, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación."*

3- *"Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC (LA LEY 58/2000), cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión". Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (LA LEY 58/2000), los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del*

contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11 (LA LEY 11269/2013))."

4- La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc (LA LEY 1/1889)), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

5- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE (LA LEY 2500/1978)), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor. Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC (LA LEY 58/2000), al reconocer que en los casos en que se redame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas.

Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC (LA LEY 58/2000), éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en vanas ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC (LA LEY 58/2000) en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682 (LA LEY 58/2000)-2-1" LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC (LA LEY 58/2000), que no resultarían aplicables en el juicio declarativo.

Por todo ello, y vista toda la jurisprudencia y legislación citada, la cláusula que nos ocupa debe de ser declarada nula por no cumplir los estándares exigibles, ya que la misma no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y de la cuantía del préstamo, porque la misma dice literalmente que se podrá dar por vencido el

contrato y ejercitar la acción hipotecaria por falta de pago a los vencimientos convenidos de cualesquiera de las cantidades adeudadas por el presente contrato (una parte cualquiera del capital del préstamo o sus intereses dice literalmente), ya sea por principal o intereses, por lo que la cláusula controvertida permite declarar vencido anticipadamente el contrato por el impago de una sola, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, por lo que, en aplicación de toda la jurisprudencia nacional y comunitaria, y especialmente la última sentencia del TS citada, y valorando las concretas y especiales circunstancias del caso se estima que, aún cuando la cláusula no haya sido ejecutada, la misma es abusiva y debe de ser declarada nula y expulsada completamente del contrato, pues en el presente caso ni se pueden cumplir los requisitos establecidos por la precitada jurisprudencia para que, aún habiéndose declarado la nulidad de la cláusula, pudiese seguirse con el procedimiento de ejecución hipotecaria por ser más beneficiario al consumidor, pues aquí se comprueba precisamente que al no haber sido ejecutada no estamos en ningún procedimiento de ejecución hipotecaria y que en nada beneficia al consumidor que una cláusula nula siga manteniendo algún tipo de vigencia sobre su contrato, por lo que expulsada la misma, sin posibilidad alguna de moderación, en caso de impago ya solamente le quedarían al acreedor los remedios generales de nuestro derecho pero y nunca dar por vencido anticipadamente un contrato en virtud de una cláusula (la sexta bis del contrato que liga a las partes) que, por la presente resolución, deja de existir.

En segundo lugar, por lo que respecta a los intereses de demora (cláusula sexta), y resolviendo con mayúscula brevedad, los intereses de demora se fijan en 19 puntos porcentuales, por lo que todas las teorías de la demandada deben de decaer, y todo ello al amparo de toda la legislación y jurisprudencia nacional y comunitaria más actualizada, puesto que el interés de demora es de un 19 %, que es una cantidad muy elevada y superior en mucho al interés legal del dinero fijado para el año en el que se celebró el contrato, y también del interés remuneratorio que se aplica en virtud del mismo contrato, por lo que debe ser declarada su abusividad por desproporcionada, por penalizar de un modo excesivo y desproporcionado al deudor que incumple sus obligaciones, quedando por tanto la cláusula plenamente expulsada del contrato ya que es imposible es moderar, integrar o mitigar el rigor de los efectos de una cláusula abusiva, que como es abusiva es nula, y por lo tanto no existe y ningún efecto puede desplegar.

TERCERO.- Resuelto como ha quedado el anterior punto, debe de pasar ahora a resolverse sobre la nulidad de las restantes cláusulas concretas que han sido denunciadas por la actora,

que es el siguiente hecho controvertido, pues poco o nada se discute sobre la celebración del préstamo, cuales son las cláusulas que contiene, y que las mismas son condiciones generales de la contratación, pues por mucho que la demandada defienda su validez y que las mismas han sido conocidas por los deudores, lo que no llega a discutir e incluso sería estéril puesto que la discusión se zanjaría rápidamente aplicando la jurisprudencia más reciente en orden a considerar dichas cláusulas condiciones generales de la contratación, es precisamente que se trate de condiciones generales redactadas para ser incorporadas en una pluralidad de contratos a instancias del prestamista, con la consecuente aplicación no solo de la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, sino también de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LA LEY 1490/1998), por lo que, dejando por otra parte de lado las consideraciones generales que ya conocida y retirada jurisprudencia hace sobre los requisitos que deben de concurrir para que una condición general pueda ser declarada abusiva (diferenciando entre si es condición esencial del contrato o no, que en este caso ninguna lo sería), debe de pasarse a analizar individualmente cada una de las cláusulas denunciadas.

Así las cosas, en cuanto a la cláusula quinta, por la que se establecen una serie de gastos accesorios a cargo de la actora, y concretamente todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria, la reciente sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de Diciembre (LA LEY 204975/2015), ha realizado importantes avances al respecto, y en concreto que al amparo del artículo 89.3 TRLGCU (LA LEY 11922/2007) se puede declarar la abusividad de cláusulas que impongan al consumidor el abono de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario, que el propio artículo atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de 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 (art 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art 89.3.3º letra c) y asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al

consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art 89.3.5º), y *luego, sobre dichas bases legales, llega a la conclusión de que no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula, que en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación y que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC (LA LEY 58/2000)), constituye la garantía real (arts 1875 CC (LA LEY 1/1889) y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC (LA LEY 58/2000)).*

En consecuencia, sigue diciendo nuestro alto tribunal, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral. Sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU (LA LEY 11922/2007)).

Luego, centrándose expresamente en los tributos, dice que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art 89.3 c) TRLGCU (LA LEY 11922/2007), que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho, y que ya dijeron en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, (LA LEY 233431/2011) si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, 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, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

Seguidamente, el Tribunal Supremo, al analizar a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, dice que hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 (LA LEY 58/2000) y 398 LEC (LA LEY 58/2000), para los procesos declarativos, y en los arts. 559 Y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC (LA LEY 58/2000)). o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC (LA LEY 58/2000)); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU (LA LEY 11922/2007) y art. 8 LCGC (LA LEY 1490/1998), sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho y que la imputación al cliente de los

honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC (LA LEY 58/2000), que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida enjuicio este en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU (LA LEY 11922/2007) y 8 LCGC (LA LEY 1490/1998).

Por todo lo antedicho, citando a nuestro alto tribunal, que a su vez confirmaba jurisprudencia menor, y teniendo en cuenta que una cláusula del tenor que nos ocupa ahora, la quinta del contrato que liga a las partes, establece que son de cuenta de la parte prestataria todos los gastos derivados del contrato, tanto los ocasionados en su preparación como los de su formalización e inscripción, y también si es que hubiere alguna modificación del mismo, debe de declararse abusiva porque ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, aparece expresamente recogida en el artículo 89 ya citado, y no permite una distribución mínima de cargas hipotecarias, aún considerando que muchas o la mayoría de ellas (si bien ciertamente no la principal) se establecen en beneficio exclusivo del prestamista.

A todas estas consideraciones y declaraciones de abusividad en nada debe de obstar en este supuesto el hecho alegado por la demandada relativa a la negociación individual de las cláusulas o a su asunción y pago voluntario por parte de la demandante, ya sea porque todas estas cláusulas que no son condiciones esenciales del contrato caen directamente bajo un supuesto de abusividad contemplado en el Texto Refundido, sin necesidad de acudir al control de transparencia en el que parece que quiere escudarse la demandada, como si se estuviese tratando de impugnar el precio, su interés o la limitación a la variabilidad del tipo de interés, ya sea porque en todo caso, si analizásemos la inclusión y la transparencia, la carga de la prueba de la transparencia de las cláusulas impugnadas recaería sobre *la entidad prestamista demandada*, y en el presente caso en modo alguno la ha levantado, *no ha probado que el consumidor pueda haber conocido la significación real y su incidencia sobre el contrato, ni sobre las alternativas que hubiese tenido en caso de optar por no contratarlas y de optar por otro producto ofrecido por la misma o distinta entidad financiera*, y no lo ha probado por ningún medio porque atendiendo al tenor literal de las cláusulas las conclusiones son claras, como ya se ha dicho, ningún interviniente en el contrato ha venido aquí a relatar como se desarrolló tanto la fase contractual como precontractual, por lo que nada se añade en cuanto a transparencia e información proporcionada a la propia escritura pública firmada ante notario que, sin embargo, contenía cláusulas abusivas.

Tampoco obsta el hecho de que el banco no haya sido beneficiario final de la percepción de las cantidades que se han obtenido a través de la aplicación de dicha cláusula, porque efectivamente se tiene en cuenta que la entidad de crédito no se ha enriquecido en virtud de la aplicación de dicha cláusula, y también que como dice una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo, el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados es el prestatario, pero es que, aún sin discutir eso, aquí entiendo humildemente que no se trata de discutir quien es el sujeto pasivo de un impuesto determinado (que está claro), sino de discutir si una cláusula concreta es abusiva o no lo es, y en el caso de serlo cuales son las consecuencias, porque lo que es evidente es que esta cláusula impone todos y cada uno de los gastos originados por el contrato al prestatario, y eso según se ha dicho es abusivo, y luego resulta que el consumidor como consecuencia de dicha cláusula (además de como consecuencia de ser el sujeto pasivo de un tributo), ha debido de abonar determinadas cantidades que en caso de no existir dicha cláusula puede que no hubiese abonado al menos en su totalidad, por lo que la expulsión del contrato de la cláusula no puede sino restituir al consumidor en su condición inmediatamente anterior a su firma, aun cuando en este caso pueda o parezca que pueda producir resultados contradictorios o aparentemente injustos como que la entidad de crédito acabe abonando un tributo no siendo sujeto pasivo del mismo, si bien es algo que como consecuencia de lo anterior y sobre todo de haber predispuerto en el contrato una cláusula abusiva, deberá de cargar.

CUARTO.- Habiéndose estimado la pretensión declarativa de la actora, procede determinar ahora cual deba de ser el

alcance temporal de la declaración de nulidad.

Según el artículo 1.303 del Código Civil (LA LEY 1/1889), "*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*".

Así las cosas, atendiendo a las consecuencias de la nulidad, que además ahora son si cabe más lógicas y evidentes desde que el TJUE (si bien en materia de cláusulas suelo pero perfectamente aplicable al caso) ha declarado por sentencia de 23 de diciembre de 2016 que no es conforme con el derecho de la unión la limitación temporal del alcance devolutivo de las cantidades indebidamente cobradas en caso de una declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que ha amparado tal cobro, y concretamente establece en su fundamento 73 que una jurisprudencia nacional relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo, por lo que tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula en contra de lo que establece el artículo 7 apartado 1 de la citada Directiva, por lo que todo ello obliga no solamente a rechazar las pretensiones de la demandada que pretende no devolver o limitar la devolución del abono de unas cantidades que se han cobrado al amparo de lo establecido en una cláusula abusiva, por lo que no resultando discutidas dichas cantidades, *procede condenar a la demandada a restituir a la parte actora todas las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dichas cláusulas en este caso la quinta, que ascienden a 5.534,62€, y todo ello con sus intereses legales desde el efectivo pago como consecuencia directa de la nulidad y de la aplicación del artículo 1303 puesto que el precio se deberá de devolver con sus intereses.*

Para concluir, debe de destacarse que a la devolución de las cantidades en nada obsta que los recibos hayan sido girados directamente por terceros a los prestatarios sin que ninguna intervención haya tenido la entidad en cuanto al pago o cobro de los mismos, por cuanto dichos pagos se han realizado en aplicación de una cláusula que es abusiva y aunque no hayan pasado por el banco, sin duda el gran beneficiado de la aplicación de la cláusula abusiva ha sido el banco porque se ha ahorrado una serie de gastos que podrían haber sido al menos parcialmente a cargo de la entidad (en caso de una negociación más equitativa que hubiese distribuido gastos y que haría por ende que la cláusula no fuese abusiva), por lo que se ha beneficiado de un modo directo sacándose de encima de un plumazo todos los gastos derivados de los contratos que nos ocupan, beneficio con correlativo perjuicio de los prestatarios que asumieron gastos propios y ajenos, por lo que no hay duda de que es la entidad la que ahora deberá responder ante estos y de un modo completo por haber incorporado al contrato como condición general una cláusula abusiva.

QUINTO.- En materia de costas, y en aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), y del criterio del vencimiento objetivo que en el mismo se consagra, procede su imposición a la parte demandada, pues la estimación de las pretensiones del actor ha sido íntegra.

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales, Dña. Celia Conill Tort, en nombre y representación de Dña. Manuela y de D. Antonio contra la entidad BBVA S.A. representada por la procuradora de los tribunales Dña. Ana Maravillas Campos Pérez Manglano, por lo que declaro la **NULIDAD** de las cláusulas **QUINTA**, en lo relativo al establecimiento de gastos accesorios a cargo del prestatario, **SEXTA**, en lo relativo al establecimiento de los intereses de demora aplicables y **SEXTA BIS** en lo relativo a la posibilidad de declarar el contrato anticipadamente vencido en determinados supuestos, todas ellas insertas en el contrato de préstamo hipotecario que liga a las partes y que ha sido objeto del presente procedimiento, que por tanto resultan completamente expulsadas del contrato y sin posibilidad de desplegar efecto alguno, **CONDENANDO** igualmente a la demandada a devolver a la parte actora la cantidad de **5.534,62 €**, y todo ello con sus **intereses legales** desde el efectivo pago, y todo ello con Expresa condena en **costas** a la entidad demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra la presente resolución cabe interponer recurso de **APELACIÓN** ante este mismo tribunal, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución.

Por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Leída y publicada la anterior resolución, seguidamente se cumple lo acordado. Doy Fe.