

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ067468

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 2 BIS DE SANTANDER

Sentencia 5001/2017, de 26 de julio de 2017

Rec. n.º 5010/2017

SUMARIO:

Contratos bancarios celebrados con consumidores. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. Nulidad. Cláusula de gastos hipotecarios. En un contexto de desequilibrio, como sin duda es el que existe entre un Banco y su cliente, no existen pactos -entendidos estos como libres-, sino que el Banco predispone la regulación contractual con condiciones que impone a sus clientes, lo que se evidencia si se piensa que el contenido normativo se redacta en un momento anterior, acomodándose a su interés, lógicamente, y mucho antes de trabar contacto con él, y sin el menor contacto ni participación del cliente en concreto porque están destinados a una generalidad de clientes. Por esta razón si se desvía de las expectativas razonables y acordes a las reglas de buena fe y se separa de lo que en una negociación leal su contraparte hubiera aceptado, no se puede dar por válido.

En términos generales, la cláusula impugnada menciona partidas concretas pero a título de ejemplo -usa en dos ocasiones la locución «tales como» y una el del todo significativo «etc»; es decir, se incluye todos los gastos habidos y por haber. Pues bien, tan sólo por esas razones la cláusula es abusiva; no es de recibo imponerle al prestatario todo gasto pensable.

Contratos bancarios. Contratos de financiación. ITP y AJD. Actos jurídicos documentados. Documentos notariales. Sujeto pasivo. En términos concretos, procede señalar al respecto de cada gasto lo siguiente:

- Aranceles registrales. Qué duda cabe que en la generalidad de los casos quien gestiona la formalización y quien solicita la intervención del fedatario público es el Banco, que es también la persona jurídica a favor de quien se inscribe. Y, sin embargo, conforme a la cláusula impugnada, le corresponde al prestatario en todo caso, sea quien sea quien lo pida; pues bien, sólo esto entraña un desplazamiento de la regla prevista. Para más énfasis, la redacción de la cláusula es tal que atribuye al prestatario los gastos de cancelación de la hipoteca.

- Aranceles notariales. El interesado en que conste en escritura pública la garantía del crédito es la entidad bancaria, porque con ello obtiene numerosas ventajas de todo tipo, llegado el caso, por todos conocidas (en el proceso de ejecución ordinaria y en el de ejecución hipotecaria). En cambio, al prestatario le valdría con un documento privado que cumpliera las exigencias informativas de la Ley 26/1984 (LCDCU) o del TR 1/2007 (TRLDCU); es al Banco a quien le interesa una escritura pública y por ello es quien requiere al Notario el otorgamiento, así que será él quien tenga que costearlo -la lógica que conduce a formalizar escritura, y con ello provocar estos gastos, responde al interés del Banco, no de los actores que hay que pensar que si se avinieron a ello es sólo porque de otro modo no tenían financiación pero, en puridad, no eran los interesados en escriturar-.

En consecuencia, todo ello conduce a que todos los gastos notariales y registrales, sin salvedades, sean de cargo del Banco y el desplazamiento de esta regla supletoria resulte abusivo.

- Impuestos. El desplazamiento *in totum* de todos los impuestos al prestatario no guarda equilibrio; incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación. Como afirma la STS de 23 de diciembre de 2015, recurso n.º 2658/2013 (NCJ060752) no se puede entender que el prestamista queda al margen de los tributos que pudieran devengarse y, al menos en el ámbito del impuesto sobre AJD, es sujeto pasivo en la constitución del derecho y en la expedición de las copias, actas y testimonios que interese.

Apreciada nula la cláusula por suponer un desequilibrio injustificado para los actores, las consecuencias pasan por considerarla como no puesta sin invalidar el resto del contrato, que sigue en vigor, porque es claro que no es elemento esencial del mismo.

PRECEPTOS:

Ley 7/1998 (LCGC), art. 8.
Ley 26/1984 (LGDCU), arts. 1.1 y 10 bis.
Ley 1/2000 (LEC), art. 219, 394 y 576.
RDLeg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD), arts. 8, 15 y 29.
RD 1426/1989 (Arancel de los notarios), Anexo II, Normas 6.^a y 8.^a.
Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 68.2.1.º.
Código Civil, arts. 7 y 1.255.
RDLeg. 1/2007 (TRLRDCU), arts. 82 y 89.
Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 4.2.

PONENTE:

Don Jaime Francisco Anta González.

Magistrados:

Don JAIME FRANCISCO ANTA GONZALEZ

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2-BIS DE SANTANDER

Avenida Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono:

Fax.:

Modelo: TX901

Proc.: PROCEDIMIENTO ORDINARIO (CONTRATACIÓN - 249.1.5)

Nº: 0005010/2017

NIG: 3907542120170006395

Materia: Obligaciones: otras cuestiones

Resolución: Sentencia 005001/2017

Intervención:

Interviniente:

Procurador:

Demandante

Flor

SANDRA PEÑA ALVAREZ

Demandante

Santiago

SANDRA PEÑA ALVAREZ

Demandado

LIBERBANK SA

CARMEN QUIROS MARTINEZ

SENTENCIA nº 005001/2017

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DOS (bis) DE SANTANDER.

JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO Nº 5010/2017/2.

NIG núm. 3907542120170006395. Sección P.

Conexo: RECURSO DE CASACIÓN Nº 2658/2013.

D. Santiago y Dña. Flor /Liberbank, Sociedad Anónima.

En la ciudad de Santander, miércoles, 26 julio de 2017.

Vistos por mí JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 (bis) de Santander, los autos de juicio declarativo ORDINARIO nº 5010/2017 seguidos en este Juzgado a instancia de D. Santiago y Dña. Flor , representados por la procuradora Dña. Sandra Peña Álvarez y defendidos por la letrada del CAC Dña. Sara de la Torre Martín, contra Liberbank, S.A., representada por la procuradora Dña. Carmen Quirós Martínez y defendida por el letrado D. Borja Naval Mairlot, sobre NULIDAD de la cláusula de GASTOS HIPOTECARIOS, y ello en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La procuradora Dña. Sandra Peña Álvarez se persona por D. Santiago y Dña. Flor a cuya instancia interpone demanda contra Liberbank, S.A. mediante escrito que presenta de forma telemática el día 2/6/2017 en el portal profesional del sistema informático Vereda y cuyo conocimiento corresponde por turno, conforme las normas de reparto aprobadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, a este Juzgado que la recibe con fecha 6/6/2017, solicitando, tras los hechos y los fundamentos de derecho que allí constan y que se dan por íntegramente reproducidos en este antecedente, que estime (sic) en su día las pretensiones de dicha parte y, en consecuencia

(i) Proceda a declarar que la Estipulación (sic) Quinta (sic), inserta en la escritura de préstamo hipotecario que se acompaña a la demanda que establece que serán de cuenta de la parte prestataria, (sic) los gastos derivados de lo pactado en la escritura y tramitación de la misma hasta que cause inscripción en el Registro de la Propiedad,

tales como Aranceles Notariales y Registrales, gestión de documentos, entre los que se comprenden la tramitación de dicha escritura ante el Registro de la Propiedad, la Oficina Liquidadora de Impuestos etc (sic), así como los gastos, impuestos y otros devengos que se deriven de la cancelación de la hipoteca, es nula de pleno derecho por abusiva, teniéndose por no puesta, retrotrayéndose sus efectos "ex tune" .

(ii) Que se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y, en consecuencia, a que suprima citada cláusula, que dejará inaplicada para el futuro.

(iii) Condene a LA DEMANDADA (sic) a abonar el interés recogido en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la Sentencia (sic).

(iv) Condene a la demandada al pago de las costas del procedimiento.

Segundo.

Registrada la demanda en el seno de los autos nº 5010/2017 y subsanados los defectos procesales que padecía es admitida a trámite por decreto dictado el día 13/6/2017 con el que se acuerda emplazar a la demandada.

Tercero.

Tras emplazarse y notificarse se persona la demandada, por quien formula su procuradora Sra. Quirós Martínez contestación en los términos del escrito que presenta con fecha 14/7/2017 que concluye pidiendo, tras los hechos y fundamentos que allí constan, que se dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora con su condena en costas.

Cuarto.

Se acuerda tener por contestada la demanda en plazo y se ordena convocar a las partes a la audiencia previa a que hacen referencia los artículos 414 y concordantes de la LEC , señalada para el miércoles día 26/7/2017, fecha en que comparecen las dos partes y se celebra la audiencia conforme a lo establecido en la LEC.

No se alcanza acuerdo ni se aprecian obstáculos procesales que impidan proseguir, aclarado por S.Sª. que no se reclaman cantidades se resuelve que la cuantía del proceso es indeterminada. Tampoco se impugnan documentos y se decide no recibir el juicio a prueba así que, sin más trámite, quedan los autos ya pendientes de sentencia.

Quinto.

En la tramitación del proceso se han observado todas las prescripciones legales aplicables inclusive el plazo para dictar sentencia del artículo 434.1 de la LEC pese a la sobrecarga de trabajo que padece este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente procedimiento, registrado con el número 5010/2017, tiene como antecedentes los siguientes:

Los actores D. Santiago y Dña. Flor , matrimonio, interponen demanda contra Liberbank, S.A. impugnando una de las cláusulas, la 5ª, del préstamos hipotecario que firmaron con Caja Cantabria.

En esa cláusula se atribuye el pago de los gastos del préstamo hipotecario a los prestatarios, quienes ahora reaccionan postulando su nulidad aunque sin pedir que se les restituyan los gastos que abonaron en su aplicación.

Su planteamiento es el siguiente: tras transcribir en la demanda una parte de la cláusula exponen su opinión sin salirse del apartado de hechos - lo que es censurable de que su redacción es muy extensa y no discierne entre los que por ley les corresponde pagar a ellos y los que debe pagar la prestamista, interesada en la constitución de la garantía hipotecaria, quejándose de que no sólo incluye gastos de constitución o de formalización sino todos los que surjan en la vida del contrato hasta su cancelación.

Dicho esto la demanda califica la cláusula como nula por abusiva, apoyándose en la STS nº 705/2015 que menciona en los hechos como y en los fundamentos, lugar más apropiado.

Y sin salir de los hechos añado otros elementos como son:

Que los demandantes son consumidores, ella auxiliar de caja y él reponedor, que la hipoteca grava su vivienda habitual y que la cláusula cuestionada no fue negociada.

Es importante tomar nota que no se pide la nulidad de la cláusula 3ª en su integridad. Aunque el suplico es confuso y en todo caso ambiguo, como ocurre siempre con los suplicos explicativos -práctica nuevamente censurable- lo lógico es interpretar su apartado i) entendiendo que únicamente persigue la nulidad de la cláusula 5ª en la parte que imputa genéricamente al prestatario gastos notariales, registrales e impuestos.

Esta circunstancia no está exenta de importancia, tal como se verá cuando sea analizada al comienzo del FJ 5º.

La acción que se dice ejercitada es la de nulidad prevista en los artículos 8 .1 y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13/4, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Además es dable considerar, y se invoca también, el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19/7, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) aplicable por estar vigente al tiempo del firmarse las escrituras, en 2002, y no el RD Legislativo 1/2007 (TR 1/07) que aprobó el Texto Refundido que incorpora la norma de protección de consumidores ahora vigente pese a lo cual la demanda la invoca en sus artículos 86 y 89.3 .

Desde esas premisas articula dos distintas pretensiones:

- 1/ Una declarativa de nulidad por abusiva de la cláusula.
- 2/ Otra de cesación en el uso en el futuro de la misma.

Frente a ello Liberbank, S.A. se opone en contestación que defiende primero la transparencia de la cláusula 5ª.

De otra parte destaca que los prestatarios adquirieron y firmaron ante el mismo Notario escritura de compraventa, como refleja la cláusula 90ª, de lo que deduce que la intervención notarial viene condicionada por esa compra.

Y es así que arguye que la factura emitida por la gestora que se aporta con la demanda incluye conceptos referidos a la compraventa previa que nada tienen que ver con los gastos de tramitación que ocasionó el préstamo, que la demandante, como compradora, encargó a la gestoría no sólo el préstamo hipotecario sino igualmente las gestiones de compraventa, que fue a su exclusivo encargo.

Por lo demás desarrolla una defensa procesal impugnando la cuantía del proceso, fijada en la demanda como indeterminada. En su tesis esta debe determinarse en la suma de los conceptos reclamados sin que sea posible dejar dicha cuantía a ejecución de sentencia por no permitirlo lo establecido en el artículo 219 de la LEC .

Dicho esto no discute que la cláusula cuestionada sea condición general de contratación, que su incorporación no estuvo precedida de una previa negociación individual.

A diferencia de lo que generalizadamente ocurre con la cláusula suelo su defensa va por otro lado: puede ser una condición general de la contratación pero no es abusiva.

En esta línea defiende que no hace una imputación generalizada de todo tipo de gastos a los prestatarios sino que especifica qué gastos imputa, relacionando partidas concretas como tasación, aranceles notariales y registrales, impuestos o tramitación de las escrituras.

De este modo la distingue de la cláusula del BBVA que fue analizada por la Sala 1ª del TS con su STS nº 705/2015 .

Y entra en el detalle de cuatro clases de gastos, aranceles notariales y registrales, gestoría e impuestos:

En cuanto a los impuestos sostiene la tesis de que hay normas imperativas que se los imputan a los prestatarios.

En este sentido invoca primeramente los artículos 8 y 15 del RD Legis 1/1993 según el cual las constituciones de préstamos e hipotecas únicamente tributan, a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por el concepto préstamo, con lo que el contribuyente es el prestatario.

De otra parte cita su artículo 29 que hace sujeto pasivo al adquirente y en su defecto a quien inste o solicite los documentos notariales o aquéllos en cuyo interés se expidan y en todo caso lo identifica con el prestatario.

Para Liberbank la Sala 1ª cometió un error en su STS de 23/12/2015 cuando consideró como sujeto pasivo de ese impuesto al prestamista, citando un precepto erróneo, el artículo 28, cuando el correcto es ese mismo artículo 29.

Por último cita el artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD (RD 828/1995) que tras señalar como sujeto pasivo al adquirente (en su defecto quienes insten o soliciten los documentos notariales) fija que en las escrituras de constitución de préstamo el adquirente es el prestatario.

Y destaca que la constitucionalidad de este precepto fue sancionada por el TC en autos nº 24/2005 y nº 223/2005 .

Por demás apoya su tesis en la SAP de Asturias, Sección 4ª, de 24/3/2017 y en la muy reciente RDGRN de 24/5/2017.

En cuanto a los aranceles notariales trae a colación la norma (norma 6ª, Anexo II, del RD 1426/89) que atribuye su pago a quienes hubieran requerido la prestación de funciones o servicios al Notario y en su defecto a los interesados según las normas sustantivas y las fiscales.

En su tesis quien solicitó la intervención notarial no fue la entidad financiera sino los prestatarios. La intervención del Notario está condicionada por su compra.

También quiere destacar como dato significativo que los gastos de formalización del préstamo (notaría, registro, impuestos, etc) satisfechos para la adquisición de su vivienda habitual son deducibles físicamente para el prestatario como establecía en el momento de la contratación el art. 68.2.1º de la Ley 35/2006, del IRPF .

En relación con los aranceles registrales invoca la norma aplicable (norma 8ª, Anexo II, del RD 1426/89) para nuevamente calificar al prestatario como principal interesado en la inscripción hipotecaria pues sin ella no habría hipoteca y sin hipoteca no obtendría financiación.

En cuanto a los gastos de gestoría entiende contradictorio que de contrario no se reconozca que de igual manera que la designación de Notario estuvo condicionada por la compraventa anterior la gestora realizó su trabajo a instancia del prestatario para que a medio de sus apoderados, socios o empleados realizaran cuantas gestiones fueren necesarias en orden a la tramitación de la escritura, como parece ser que ocurrió.

Segundo. *Condiciones generales impuestas a consumidores.*

Sentado cuanto antecede es útil comenzar con un par de precisiones previas sobre la categorización de la cláusula impugnada, la 5ª, como una condición general de la contratación y de los accionantes como consumidores.

Importa precisar que, considerando la LCGC, esta cláusula es una condición general de la contratación. Importa porque la Directiva 93/13/CEE -de donde todo nace- ciñe su ámbito a las cláusulas no negociadas individualmente.

Mejor que nadie lo ilustra la STS de Pleno nº 222/2015 , que en su FJ 3º ap. 1 explica que la "ausencia de negociación es presupuesto ineludible de la impugnación por abusiva" que para que las cláusulas de contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es "requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación", aunque luego (FJ 9º, ap. 4) diga que propiamente la nota de la generalidad es irrelevante.

De todos modos el Banco no lo cuestiona en este proceso.

En definitiva, la cláusula protagonista tiene todas las notas características de las condiciones generales de la contratación en los términos del artículo 1.1 de la LCGC:

Contractualidad, predisposición, imposición, generalidad.

En segundo lugar importa aclarar que en el préstamo objeto de cuestión los actores se han constituido como consumidores frente al Banco como empresario. Importa porque se pide un control que únicamente es predicable en relaciones de consumo. La Sala 1ª de nuestro TS lo querido dejar sentado en la STS de Pleno nº 367/2016, de 3/6, rec. 2121/2014 , aunque ya lo había apuntado en la STS nº 227/2015, de 30/4, rec. 929/2013 , y lo reitera en la más reciente STS nº 41/2017 , de 20/1, rec. 2341/2014 .

De nuevo no se pone en duda que los accionantes son usuarios bancarios y, por supuesto, el Banco profesional.

Estas dos consideraciones conforman nuclear del control judicial solicitado. tercera y una cuarta: contravención de desequilibrio.

Con su contestación lo que Liberbank demuestra es que no ha comprendido en su profundidad estas categorías clave.

En un contexto de desequilibrio, como sin duda es el que existe entre un Banco y su cliente, no existen pactos; no como se entendieron por el legislador del S. XIX, como pactos libres. El Banco predispone la regulación contractual con condiciones que impone a sus clientes, lo que se evidencia si se piensa que el contenido normativo se redacta en un momento anterior, acomodándose a su interés, lógicamente, y mucho antes de trabar contacto con él, y sin el menor contacto ni participación ni el cliente en concreto; ni de nadie tampoco porque están destinados a una generalidad de clientes. Por esta razón si se desvía de las expectativas razonables y acordes a las reglas de buena fe, si, como insiste una y otra vez el TJUE (en sus sentencias Aziz 14/3/2013 , C-415/11 , apartado 69, o Banco Primus, 26/1/2017, C-421/14 , apartado 60), ateniéndose al considerando 16° de la Directiva 93/13/CEE, se separa de lo que en una negociación leal su contraparte hubiera aceptado, no se puede dar por válido.

Tercero.

El control de contenido como examen de la buena fe y de cómo la cláusula impugnada no lo puede superar. Con esa perspectiva procede enjuiciar la primera de las tres pretensiones planteadas, la que impugna la cláusula.

Ante todo conviene comenzar aclarando que como es una cláusula incidental, no es, como la cláusula suelo, parte del esencialia negotii, no es relevante su transparencia.

No, la cláusula no presenta un problema ni de incorporación ni de transparencia, sino de desequilibrio.

Dicho esto, la nulidad de cláusulas contractuales por desequilibrio fruto de lo que de un tiempo a esta parte se ha dado en llamar control de abusividad, una expresión antes nunca usada y algo equívoca, se explica porque con la incorporación de cláusulas predispuestas (de ahí la importancia de precisar si las cláusulas en cuestión eran condiciones generales) en la contratación seriada (tan inevitable como beneficiosa para la economía) se provoca un grado tal de asimetría (en información y en capacidad de negociación) que hace bastante tiempo, sabiamente, se ha estimado necesario superponer un control extra al que para la generalidad de los contratos deriva de los términos del nuestro artículo 1.255 del Código Civil , términos que, no sobra recordar, llevan tres siglos limitando la libre voluntad de las partes a los abiertos parámetros de la Ley, moral y orden público. Porque la voluntad de las partes no fue nunca totalmente ilimitada.

En principio, el sustento legal de esta suerte de control más exigente, en lo que se refiere a la cláusula objeto de cuestión, se encuentra, de una parte, en la cláusula general del artículo 82.1 del TR 1/07 y, de otra, en las reglas ya más específicas del artículo 89.3 del TR 1/07 .

A la luz de estas dos normas resulta muy claro que la cláusula objeto de cuestión no parece superar ese control.

El artículo 82.1 considera in genero abusivas todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente que, contrariando las exigencias de la buena fe, causen, perjudicando al consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones (no prestaciones, como afirma la demanda) de las partes derivadas del contrato.

Aquí se discute únicamente la contravención de la buena fe y el desequilibrio importante que haya podido generar.

Antes que nada no sobra señalar que ese desequilibrio importante no es de prestaciones (que no son susceptibles de control judicial, la justicia del contrato la deciden en este punto las propias partes, idea a que obedece el famoso artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) sino de derechos y obligaciones, y además es del todo irrelevante su trascendencia económica, no es el huevo sino el fuero, por así decirlo, como tuvo ocasión de aclarar el TJUE en su sentencia Constructora Principado de 16/1/2014, C-226/12 :

«La existencia de un "desequilibrio importante" no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según

esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional».

En fin, en desarrollo de esta fórmula, ya centro de la llamada lista negra, el artículo 89.3 considera abusivas:

«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».

Ahora bien, no se aplica el artículo 89.3 del TR 1/07 , el préstamo se concertó en 2002 y no había entrado en vigor.

No obstante, la fórmula general de abusividad del artículo 10 bis de la LGDCU es similar a la del artículo 82.1 del TR 1/07 y suficiente para determinar su nulidad.

La cláusula no supera el control de contenido de acuerdo con cuatro elementos de juicio: retomando las conclusiones del anterior fundamento por ser una condición general (1) que el Banco predispone e impone a consumidores (2) y ahora se añade que contraría la buena fe (3) creando desequilibrio jurídico en su perjuicio (4).

Si en el anterior fundamento se sentaron las dos primeras categorías este se va a centrar en razonar las otras dos.

Son dos las inquisiciones que permiten entender que la cláusula 5ª contraría la buena fe creando desequilibrio en detrimento de los demandantes. Hay que hacer una primera valoración de equidad y una segunda indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que ha querido la norma legal supletoria.

Porque conforme con la mejor doctrina (DE CASTRO, MIQUEL, ALFARO, CÁMARA) el parámetro del control lo proporciona el Derecho supletorio, la regla legal que sería aplicable sin la condición general que precisamente la desplaza. De acuerdo con la doctrina y de acuerdo también con el TJUE que lo explicita de modo muy claro en sus sentencias Aziz 14/3/2013, apdo. 68 , o Banco Primus, 26/1/2017 , apdo. 59.

Esto es porque la Directiva 93/13/CEE presupone que la norma supletoria es equilibrada (en tales términos se expresa en su considerando 13ª), que es la razón de ser de su artículo 1.2 que, con su artículo 4.2 , equilibra su inspiración interventora superando el dogma contractual.

Se debe indagar, por tanto, en la norma supletoria, que tiene lo que la doctrina alemana llama leitbildfunktion. Y si la cláusula la desplaza causa un desequilibrio que si es legítimo en una negociación individual no lo es en una estipulación que una empresa impone a un consumidor.

Dicho lo cual procede el análisis primero en equidad de la cláusula 5ª, que conviene transcribir aunque en parte:

"Serán de cargo de la parte prestataria los gastos, impuestos y demás conceptos relacionados a continuación... Serán imputables a la partida presupuestada para gastos los derivados de lo pactado en esta escritura y tramitación de la misma hasta que cause inscripción en el Registro de la Propiedad, tales como Aranceles Notariales y Registrales, gestión de documentos, entre los que se comprenden la tramitación de esta escritura ante el Registro de la Propiedad, la Oficina liquidadora de impuestos, etc., tasación pericial del inmueble e informaciones registrales del mismo, impuestos en su caso, así como todos aquéllos que pudieran afectar de alguna manera a la eficacia de este contrato, seguridad del mismo e inscripción de la hipoteca, tales como los gastos e impuestos de la compraventa anterior, aplazamiento del precio o cualesquiera otros... así como los gastos de comunidad, impuestos, tasas..."

En sí misma no es nula, no vulnera ninguna norma imperativa o prohibitiva. No es aplicable el artículo 8.1 de la LCGC. Pero, claro, no obsta a que pueda estimarse nula porque no supere el estándar de control de contenido que resulta de otro precepto citado el artículo 8.2 LCGC.

Por lo demás como es una cláusula adicional, no esencialia negotii, es irrelevante si hubo transparencia.

Pues bien, usando el primer parámetro, en puro juicio de equidad, es de ver que, aunque se discuta, la cláusula es omnicomprendiva, genérica y se redacta de tal modo que hace referencia a gastos de devengo futuro y eventuales.

Hay pasajes que atribuyen gastos futuros al prestatario.

Dice Liberbank que se enumeran las partidas así que la cláusula no es como la analizada por la STS nº 705/2015 .

No lleva razón. La cláusula menciona partidas concretas pero a título de ejemplo. Porque usa en dos ocasiones la locución " tales como" y una el del todo significativo "etc".

Es decir se incluye todos los gastos habidos y por haber.

Tan sólo por esas razones la cláusula es abusiva. No es de recibo imponerle al prestatario todo gasto pensable.

La cuestión en sí misma es de máxima fuerza y sencillez.

Es control de buena fe cuya base se encuentra en nuestro derecho en el Título Preliminar del CC, en el artículo 7 .

Es dable afirmar que en un contexto de trato leal y equitativo, en el marco de una negociación individual, el Banco nunca podría esperar razonablemente que su cliente hubiera aceptado una regla tan tajante, tan draconiana.

Recordemos que en este análisis, ya se dijo, se debe hacer abstracción de la transcendencia económica que haya.

Por ello no es de extrañar que hasta la fecha casi todos los pronunciamientos, tanto en primera como en segunda instancia, hayan coincidido en anular cláusulas de redacción pareja y prácticamente idéntica a la analizada.

Entre otras cabe traer a colación el AAP de Zaragoza nº 17/2017, de 5/1, Sección 5ª, rec. 384/2016, o las SSAP de Guipúzcoa nº 185/2016, de 27 / 6, Sección 2ª, o Pontevedra nº 534/2016, de 14/11, Sección 1ª, rec. 662/2016 , y nº 152/2017, de 28/3, Sección 1ª, rec. 974/2016 , y la Audiencia de Asturias lo ha hecho cuanto menos en sus sentencias, de la Sección 5ª de 1/2/2017, rec. 525/2016 , y de la Sección 4ª nº 126/2017, de 24/3 , rec. 87/2017 .

En nuestra plaza se han pronunciado en este sentido los juzgados nº 1, nº 3, nº 4, nº 5, nº 6 y nº 7, cierto es que con criterios diversos en las partidas a devolver pero coincidiendo todos en la nulidad y es de ver que analizaban cláusulas de redacción pareja a la enjuiciada.

Cuarto.

El control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal.

Aunque tan sólo por la razón valorada en el precedente fundamento la cláusula es nula es esta una idea que se refrenda conforme a la segunda perspectiva que atiende al equilibrio que resulta de las reglas legales supletorias.

El artículo 8 del Anexo II del Real Decreto 1427/1989 , que aprueba el Arancel de los registradores, establece:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria , se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten».

Por tanto el pago incumbe al solicitante del servicio del que se trate o a aquél a cuyo favor se inscriba el derecho o que solicite una certificación o manifestación.

Tal como está redactada la norma arancelaria no parece perseguir fijar un pagador en concreto, no se entromete en a quien le incumbe pagar, pero, precisamente, da una regulación equilibrada de la que la cláusula se desvía.

Veamos. Qué duda cabe que en la generalidad de los casos quien gestiona la formalización y quien solicita la intervención del fedatario público es el Banco, que es también la persona jurídica a favor de quien se inscribe.

Y, sin embargo, conforme a la citada cláusula 5ª le corresponde al prestatario en todo caso, sea quien sea quien lo pida.

Sólo esto entraña un desplazamiento de la regla prevista.

Por detrás de la redacción de la cláusula es tal que atribuye al prestatario los gastos de cancelación de la hipoteca.

Esto último es censurable. Como la garantía se inscribe para asegurar al Banco el cumplimiento de la obligación garantizada es ilógico que, cumplida esta, sea el prestatario quien deba cancelarla. La consecuencia natural y más acorde con las exigencias de la buena fe (artículo 1.258 del Código Civil) es que quien realizó la inscripción y en cuyo favor se hizo sea quien la cancele.

El RD 1426/1989 que aprueba el Arancel de los Notarios prevé que las obligaciones de pago de los derechos corresponderán a los que hubieran requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y en su caso a los interesados según las normas sustantivas y fiscales.

Pues bien, desde la perspectiva sustantiva (que es suficiente sin necesidad de analizar la fiscal) el interesado en que conste en escritura pública la garantía del crédito es la entidad bancaria, porque con ello obtiene numerosas ventajas de todo tipo, llegado el caso, por todos conocidas (en el proceso de ejecución ordinaria y en el de ejecución hipotecaria). En cambio, al prestatario le valdría con un documento privado que cumpliera las exigencias informativas de la LCDCU o del TR 1/07, es al Banco a quien le interesa una escritura pública y por ello es quien requiere al Notario el otorgamiento, así que será él quien tenga que costearlo.

La lógica que conduce a formalizar escritura, y con ello provocar estos gastos, responde al interés del Banco, no de los actores que hay que pensar que si se avinieron a ello es sólo porque de otro modo no tenían financiación pero, en puridad, no eran los interesados en escriturar.

Nadie duda que es una lógica justa pero en beneficio del Banco, no de su cliente. O dicho de otro modo es tan evidente que la garantía hipotecaria es condición para obtener financiación como que sirve al Banco prestamista.

Ocurre que el concepto interés pertenece al campo de la economía, no es jurídico. Y erran las resoluciones que invoca Liberbank cuando lo desenfocan con parámetros de derecho. En derecho hay ventaja, ventaja jurídica, cuando se cede para lograr una aspiración pero en economía la cesión es cesión por más que la consecución del fin propuesto le dote de sentido. Y ceder en sí no interesa.

Ello entraña que todos los gastos notariales y registrales, sin salvedades, sean de cargo del Banco y el desplazamiento de esta regla supletoria resulta abusivo.

En cuanto a los impuestos es sin duda la cuestión más discutida pero en este caso no es preciso entrar en toda la dimensión de la polémica y basta pensar que en este caso el desplazamiento in totum de todos los impuestos, habidos y por haber, al prestatario no guarda equilibrio.

Incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación.

Como afirma el TS en su STS de 23/12/2015 no se puede entender que el prestamista queda al margen de los tributos que pudieran devengarse y al menos en el impuesto sobre AJD es sujeto pasivo en la constitución del derecho y en la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. En la ley, en la cláusula no.

Quinto.

En refuerzo de todo lo hasta razonado debe destacarse la STS de Pleno de la Sala 1ª nº 7 05 / 2015, de 23/12, rec. 2658/2013, que está en el origen del presente proceso, según confiesa incluso hasta la propia demanda.

La Sala 1ª analizó una cláusula de redacción si no igual sí muy similar a la cuestionada, bien es cierto que conforme un análisis en abstracto en una acción colectiva de cesación y que el Banco condenado era otro, el BBVA.

Por consiguiente aquí no tendría valor de cosa juzgada.

Sin embargo, los argumentos que desarrolla la sentencia plenaria son plenamente extrapolables al presente caso por más que Liberbank lo discuta amparándose en un elemento, el de la transparencia, que es del todo irrelevante en el análisis de equilibrio de que se trata.

Y es el TS quien aclara que tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es sin duda, afirma, el prestamista, y explica por qué, porque así obtiene título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución

especial (art. 685 LEC) de modo que es inválida una cláusula que hace recaer la totalidad de los gastos sin reciprocidad al hipotecante aun cuando la normativa reglamentaria permitiría una distribución más equitativa.

Sexto.

Apreciada nula la cláusula por suponer un desequilibrio injustificado para los actores las consecuencias pasan por considerarla como no puesta sin invalidar el resto del contrato, que sigue en vigor, porque es claro que no es elemento esencial; esto es, un elemento en cuya ausencia el contrato no puede sobrevivir. Procede, por tanto, decretar una nulidad parcial que sigue el principio *utile per inutile non vitiatur*.

Y todo ello de conformidad con el artículo 9 de la LCGC.

Así pues, la nulidad se ceñirá tan sólo a la cláusula 5ª.

Es momento de conectar esta precisión con lo dicho en el FJ 2º a propósito del alcance limitado de la nulidad que se pide, señalando que no hay problema en pronunciarse de este modo merced al uso de la técnica conocida como *blue pencil ruler teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test*.

Esta técnica enseña que está permitido separar, al momento de enjuiciar la abusividad de una cláusula, el inciso abusivo de otros válidos y mantener la vinculación y eficacia de éstos pese a declarar la nulidad de aquél.

Fue el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en su sentencia de 10/10/2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141) quien promovió esta figura, que requiere que la parte conservada resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la inicialmente comprendida, más ocurre que todas esas circunstancias concurren en este caso, la parte relativa a las primas de seguro y la gestoría tiene todas estas características.

Por eso, respetando el apartado i) del suplico de la demanda, la declaración de nulidad de la cláusula 5ª no afecta a su texto como íntegro sino a los elementos detectados como abusivos sin que ello impida una estimación íntegra.

Por lo demás declarada la nulidad va de suyo su cesación.

Más discutible es el alcance económico de la nulidad de esta cláusula, que es una cuestión marcadamente polémica, solo que en este caso no se reclaman cantidades. Se pide sólo una declaración de nulidad y cesación que proceden.

Ahora bien, precisamente por esta razón lo que no se entiende es que se inste la aplicación del artículo 576 de la LEC , lo que parece obedecer a un error que determina que la estimación de la demanda sea no total sino parcial pese a lo que al ser sustancial no evita que el pronunciamiento sobre costas sea imponerlas al Banco.

Séptimo.

En cuanto a las costas es aplicable el artículo 394.1 de la LEC , a cuya regla de vencimiento objetivo hay que estar derivando en una condena a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, por las facultades que me confieren la Constitución y el resto del Ordenamiento

FALLO

Que, con sustancial estimación de la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Sandra Peña Álvarez, a instancia de D. Santiago y Dña. Flor , contra Liberbank, S.A., debo acordar y acuerdo:

1/ DECLARO que la estipulación quinta inserta en la escritura de préstamo hipotecario que acompaña a la demanda y que establece que serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de lo pactado en la escritura y tramitación de la misma hasta que cause inscripción en el Registro de la Propiedad, tales como Aranceles notariales y registrales, gestión de documentos, entre los que se comprenden la tramitación de dicha escritura ante el Registro de la Propiedad, la Oficina Liquidadora de Impuestos, así como los gastos, impuestos y otros devengos que se deriven de la cancelación de la hipoteca, es nula de pleno derecho por abusiva y debe tenerse por no puesta, retro trayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tune.

2/ CONDENO a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y, en consecuencia, a que suprima citada cláusula, que dejará inaplicada para el futuro.

3/ CONDENO a la demandada a pagar las costas.

En aplicación de los artículos 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-julio, del Poder Judicial y 208.4 de la LEC 1/2000 , de 7-enero, notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que no es firme porque cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Cantabria por escrito con firma de abogado y en VEINTE DÍAS desde el día siguiente a notificarse.

Se debe considerar la reforma que introduce la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3/11 , que obliga a hacer depósito de 50 € para poder recurrir, al hilo de lo cual se advierte que, conforme la Instrucción 8/2009, de 4/11, relativa al procedimiento a seguir en relación a la cuenta 9900 de depósitos de recursos desestimados, si se interpone recurso se deberá constituir depósito por importe de CINCUENTA EUROS en la cuenta del expediente e indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un recurso, seguido del código y tipo concreto de recurso de que se trate, siguiendo la numeración y descripción contemplada en la relación que se adjunta y si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el Código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta de Expediente, separado por un espacio y que al momento de interponer el recurso se debe probar haber constituido el depósito presentando copia del resguardo o bien orden de ingreso.

En caso de que se estime total o parcialmente el recurso el importe constituido para recurrir será reintegrado al recurrente mediante Mandamiento de Pago o transferencia.

Caso de que el recurso sea inadmitido o se confirme la resolución recurrida el recurrente pierde el depósito que será transferido desde el expediente a la cuenta 9900.

Líbrese testimonio de la presente que se unirá a los autos custodiando el original en el libro de sentencias.

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

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la sentencia por el Sr. Magistrado que la dictó, celebrando audiencia pública en el día de su pronunciamiento, de lo que yo, la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.