



Roj: **SAP BI 214/2018 - ECLI: ES:APBI:2018:214**

Id Cendoj: **48020370042018100035**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **921/2017**

Nº de Resolución: **281/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA
BARROETA ALDAMAR 10-3"planta - C.P./PK : 48001

Tel.: 94-4016665

Fax / Faxes: 94-4016992

N.I.G. PV J IZO EAE: 48 .04.2-17/016367

N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 48020.42.1-2017/0016367

Recurso apelación acción individual condiciones generales de la contratación 921/2017 - M

O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de lo 1ª Instancia nº 11 (Refuerzo) Bilbao / Bilboko 11 zk.ko Lehen Auzialdiko Epaitegia

Autos de procedimiento ordinario 5000285/2017 (e)ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

Procurador/Prokuradorea:

Abogado/Abokatua:

Recurrido/Errekurritua:

Procurador/Prokuradorea:

Abogado/Abokatua :

SENTENCIA Nº 281/2018

TRIBUNAL QUE LA DICTA:

PRESIDENTE:

MAGISTRADA:

MAGISTRADO:

En Bilbao (Bizkaia), a veintiséis de abril de dos mil dieciocho

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por quienes antes se indicó, ha visto en trámite de rollo de apelación nº 921/2017 los presentes autos civiles de Procedimiento Ordinario nº 5000285/2017 del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 (refuerzo) de Bilbao, promovido por KUTXABANK S.A. apelante- demandada, representado por la Procuradora de los Tribunales, asistida del letrado, frente a la sentencia de 5 de octubre de 2017 . Son parte apelada



representados por el Procurador de los Tribunales asistido del letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 11 de Bilbao se dictó en autos de procedimiento ordinario nº 5000285/2017 sentencia de 5 de octubre de 2017, cuyo fallo establece:

"Que debo estimar y ESTIMO la demanda presentada por el procurador y, en consecuencia:

1. Declaro la nulidad de la cláusula "QUINTA. GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA" de la escritura de préstamo hipotecario, suscrito el 5 de febrero de 2002, ante el notario de Bilbao, con número 253 de su protocolo.

2. Declaro la nulidad de la cláusula "SEXTA BIS. RESOLUCIÓN ANTICIPADA", contenida en la misma escritura.

3. Condeno a KUTXABANK a pasar por estas declaraciones y eliminar y no aplicar en el futuro dichas cláusulas, así como a la devolución a la parte demandante la cantidad de 569,78 euros pagados indebidamente por ésta, más el interés legal que corresponda desde el momento en el que se produjo aquél pago y hasta la fecha de la presente resolución. Desde hoy y hasta el día de su completa satisfacción, la cantidad global resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 711998, d 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción, una vez que se firme, de la presente sentencia en el mismo".

2.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de KUTXABANK S.A., en el que se alegaba:

2.1- Infracción legal y errónea valoración de la prueba puesto que existe un pacto expreso, previo al otorgamiento de la escritura, referido al pago de los concretos gastos e impuestos devengados por el otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario.

2.2.- Infracción legal de la normativa fiscal y sustantiva que considera supone que el obligado al pago de los gastos de otorgamiento de inscripción de la escritura del préstamo hipotecario es el prestatario.

2.3.- Errónea valoración de la prueba por asegurar la sentencia recurrida que quien tiene principal interés en obtener las condiciones de un préstamo hipotecario es el consumidor.

2.4.- Incorrecta aplicación del art. 1303 CCv en cuanto a los intereses legales.

2.5.- Infracción legal puesto que el préstamo ya desplegó toda su eficacia hasta el punto de que la relación negocia! entre las partes contratantes se encuentra plenamente extinguida y consumada, de modo que no cabe cuestionar ahora la validez de concretos pactos recogidos en el mismo.

2.6.- Infracción del art. 394 de la ley de enjuiciamiento por imponer las costas al Kutxabank.

3.- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 10 de noviembre de 2017, dándose traslado a la otra parte, oponiéndose la representación de , tras lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

4.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 20 de diciembre se mandó formar el Rollo de apelación, al que ha correspondido el nº 921/2017 de Registro, y turnarse la ponencia al Sr. Magistrado

5.- En providencia de 26 de diciembre se consideró innecesaria la celebración de vista, que no habían solicitado las partes.

6.- En resolución de 2 de febrero de 2018 se acordó señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 24 de abril.

7.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio y los del recurso



8.- Los Srs., ahora apelados, instaron demanda reclamando la nulidad de las cláusulas quinta, de atribución de gastos al prestatario, y sexta bis, de vencimiento anticipado, contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que habían suscrito con Bilbao Bizkaia Kutxa, hoy KUTXABANK S.A., el 5 de febrero del año 2002, que había servido para adquirir una vivienda en Bilbao. Como consecuencia de la nulidad de la primera de esas cláusulas además reclamaba 347,63 € por gastos notariales, 129,37 € por aranceles de Registro de la Propiedad, 120,20 € por gastos de gestoría y 146,40 € de tasación del inmueble, que suponen un total de 743,60 €, más intereses y costas.

9.- KUTXABANK S.A. se opuso a la demanda alegando que la tasación se había presentado por los prestatarios, que se explicaron todas las cláusulas del préstamo, que se hizo oferta y se aceptó, que abonaron los gastos de notaría, registro y gestoría, que no es cierto que no estuvieran obligados a pagarlos, que el préstamo está cancelado, que la cuantía no es la pretendida por la actora sino los 743,60 € que se reclaman, que ambas estipulaciones son válidas, que no procede abonar nada por IAJD ni por lo demás que reclama, que la normativa aplicable no supone que el banco tenga que abonar esos conceptos, que la reclamación estaría prescrita por enriquecimiento injusto o como pago indebido, por todo lo cual, y lo demás que añade, solicita la desestimación de la pretensión de cantidad.

10.- Tras la celebración del juicio la sentencia recurrida entiende que ambas cláusulas son abusivas. Sostiene que es procedente una distribución equitativa de los importes abonados en aplicación de la cláusula de gastos y concede la mitad de los gastos notariales, y la totalidad de lo abonado por registrales, gestoría y tasación, estimando sustancialmente la demanda, con intereses desde el abono de los prestatarios de cada concepto y las costas.

11.- KUTXABANK S.A. se alza contra la sentencia alegando en su recurso de apelación los motivos que se han resumido en §2. Se oponen los clientes, defendiendo que se mantengan los términos del fallo de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Sobre los hechos probados

12.- Son hechos relevantes para resolver el recurso, que deben ser declarados expresamente como probados, conforme a lo dispuesto en el art 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), los siguientes:

12.1.-, suscriben el 6 de septiembre de 2005 con la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa, hoy KUTXABANK S.A. un préstamo con garantía hipotecaria (doc. nº 1 de la demanda, folios 30 y ss de los autos) para la adquisición de un inmueble en Bilbao que iban a dedicar a vivienda habitual (cláusula 14ª del doc. nº 2 de la demanda, reverso folio 38 de los autos y "solicitud de exención" fiscal al reverso folio 39), como se admite expresamente al contestar la demanda.

12.2.- En la cláusula quinta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria (reverso folio 34 y ss) se dispone:

"QUINTA. GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA.

Serán de cuenta de la parte deudora todos los gastos, presentes o futuros, que se deriven de esta escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes:

- a) Aranceles Notariales, con inclusión de los producidos por la expedición de su primera copia para la Bilbao Bizkaia Kutxa, y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida.
- b) Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida.
- c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la propiedad y la Oficina Liquidadora de impuestos.
- d) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo, y las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble.
- e) Los gastos procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago .
- f) Cualquier otro gasto que corresponda a la obligación de pago.
- g) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad prestamista, dirigida a la concesión o administración del préstamo"



12.3.- En aplicación de la cláusula quinta la parte prestataria abonó a la notaria 347,63 € (doc. nº 3 de la demanda, folio 41 de los autos), 129,37 € al Registrador de la Propiedad (doc. nº 4 de la demanda, folio 42 de los autos), 120,20 € a la gestoría (doc. nº 5 de la demanda, folio 43 de los autos), y 146,40 € por tasación del inmueble (doc. nº 6, folio 44).

12.4.- En la cláusula sexta bis del contrato de préstamo hipotecario (reverso folio 35 de los autos y ss), se dispone:

"SEXTA BIS. RESOLUCIÓN ANTICIPADA.

Quedará vencido el préstamo y exigible la deuda por las causas siguientes:

a) Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en la presente escritura, y en especial por el impago de cualesquiera de las amortizaciones pactadas por principal, intereses ordinarios o intereses de demora.

b) Si la entidad acreedora se viera obligada a satisfacer cualquier pago de los que pactan en la estipulación octava (créditos conexos).

c) Si la parte deudora o el tercer poseedor deteriorara o no reparara la finca o fincas hipotecadas de modo que su valor se redujera en un 20 %, y la acreedora la probara según los trámites judiciales correspondientes.

d) Falta de pago puntual de todas las contribuciones e impuestos que graven la finca o fincas hipotecadas y tengan preferencia legal de cobro sobre el acreedor hipotecario, o de cualquier crédito que por su especial naturaleza tenga preferencia sobre el garantizado con hipoteca.

e) No asegurar de incendios y de riesgos la finca o fincas hipotecadas, o hacerlo por una cantidad inferior a la señalada, o dejar caducar dicho seguro.

f) Instarse declaración de quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos, o quita o espera, de la parte prestataria, o se siguiera contra los prestatarios procedimiento judicial que llevara aparejada ejecución o embargo por deudas vencidas y no satisfechas .

g) La venta o arrendamiento de la finca o fincas hipotecadas sin el consentimiento de Bilbao Bizkaia Kutxa ".

12.5.- No se ha acreditado que hubiera negociación de las cláusulas señaladas en §12.2 y §12.4.

TERCERO.- Sobre la caducidad o imprescriptibilidad de la pretensión

13.- Alterando el orden en que se presentan los motivos del recurso de apelación, se afrontará en primer lugar el motivo quinto. En el mismo, con cita de la SAP Jaén, Secc. 1ª, 17 febrero 2015, rec. 1010/2014 , se sostiene que por razones de seguridad jurídica no cabe presentar reclamación para declarar abusivas unas cláusulas que disciplinaban un contrato ya consumado, puesto que se han abonado la totalidad de las cuotas hipotecarias.

14.- Sobre este particular hemos descartado que satisfecha la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria, la acción para declarar la nulidad de algunas de sus cláusulas por abusiva haya desaparecido por caducidad o prescripción de la acción en la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 22 marzo 2018, rec. 796/2017 , donde decíamos que "encontrándonos ante un supuesto de nulidad absoluta, las relaciones afectadas por la misma, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad". Otro tanto se aprecia en la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 26 abril 2018, rec. 847/2017, al explicar "sobre este respecto se ha pronunciado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, en el siguiente sentido: "Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio 'quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalidare', por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles" (STS 14 de marzo 2002 , entre tantísimas otras). Y también: " las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad " (STS 21 de enero de 2000). Tanto la imprescriptibilidad de la acción para destruir los efectos del contrato nulo como como la prohibición de confirmación, están basadas en la norma de que lo que inicialmente es inexistente no puede convalidarse a lo largo del tiempo, por lo que el contrato que nació nulo seguirá siendo siempre nulo y, en consecuencia, nunca tendría fundamento protegible el mantenimiento de una situación jurídica o producida por ese contrato vicioso".

15.- En general la jurisprudencia no ha dudado considerar imprescriptible la acción si concurre nulidad (STS 21 enero 2003, rec. 1381/1997 , 24 abril 2013, rec. 2108/2010 , 6 octubre 2016, rec. 2304/2014). Explica la STS 19 noviembre 2015, rec. 1329/2014 , que "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de



los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible".

16.- Como dijimos en la citada SAP Bizkaia, Secc. 4ª 22 marzo 2018, rec. 796/2017, el art. 83.1 TRLGDCU establece que la consecuencia de la declaración de abusividad es que la cláusula afectada es nula y no produce efectos. La nulidad absoluta, ex lege, supone según la jurisprudencia antes citada que la acción es imprescriptible. Y si la indemnización que persigue el consumidor perjudicado tuviera plazo, la única forma de garantizar el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es considerar que el plazo comienza una vez obtenida ante los tribunales la declaración de nulidad, pues hasta entonces no podría haber formulado su reclamación por mantener apariencia de eficacia la cláusula nula. El motivo, por ello, se desestimará, lo que permite abordar la cuestión de fondo.

CUARTO.- Sobre la validez del pacto de atribución de todos los gastos a la parte prestataria

17.- Aquietada la recurrente a la declaración de abusividad de la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado, en primer lugar asegura Kutxabank que se allanó a la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos rubricada como quinta. La afirmación parece, igual que cuantas referencias se hacen a un hecho no litigioso como el pago del impuesto que grava Actos Jurídicos documentados, un comprensible lapsus calami, o mejor lapsus clavis, derivado del uso de modelos informáticos ante la proliferación de asuntos semejantes, porque no hubo tal allanamiento en primera instancia, ni referencia al pago del impuesto sobre Actos Jurídicos documentados, ni se acogieron en la sentencia apelada.

18.- Apartando por tanto ese error involuntario, lo que se sostiene por la apelante en este primer motivo del recurso es que el concreto pacto en virtud del cual los demandantes efectuaron el pago de los gastos notariales y registrales que se devengaron por el otorgamiento e inscripción registral de la escritura pública de préstamo hipotecario "es plenamente válido y no infringe ninguna disposición legal". Asegura que es un pacto admisible conforme al principio de libertad contractual del art. 1255 del Código Civil (CCv), y previo a suscribir la escritura pública.

19.- Kutxabank argumenta que se vulneran los arts. 1255, 1261 y 1091 CCv, por regir el principio "pacta sunt servanda". Efectivamente el derecho civil admite la libertad contractual, y las partes de un contrato pueden obligarse en los términos que estipulen. Pero tratándose de consumidores, están tutelados por la antes citada Directiva 93/13/CEE y el RDL 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 complementarias (TRLGDCU), que impiden la inclusión de condiciones abusivas, que expresamente se declaran nulas.

20.- No aclara la apelante cuándo o cómo se adoptó el pacto previo a la escritura de que todos los gastos correspondieran a los prestatarios, ni lo presenta para acreditar su existencia. Se limita a afirmar que existió y se negoció, lo que carece de demostración puesto que ni se fundamenta en el recurso, ni puede deducirse de la prueba disponible en este procedimiento, que se contrae a la documental propuesta por ambas partes en la audiencia previa (folios 93 y 94 de los autos), reproduciendo la aportada en los respectivos escritos de demanda y contestación. La documental que Kutxabank presentó fue un extracto del saldo del préstamo, ya pagado (doc. nº 1, folio 67), y el apoderamiento al procurador (doc. nº 2, folios 65 y ss). La primera no acredita lo pretendido, sino el pago del préstamo, y la segunda es un documento que acredita el requisito procesal de postulación. No hay prueba, por tanto, de la negociación o el pretendido pacto previo, prueba que corresponde verificar, en aplicación del párrafo segundo del art. 82.2 TRLGDCU, al empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente.

21.- No se ha acreditado el pacto previo, pero si lo hubiera y se trasladara a la escritura pública, cabría examinar su abusividad en uno u otro caso, cualquiera que sea la forma en que se documente. La norma no exige para declarar abusiva una previsión contractual que tome una forma especial, sino que se encuentre en alguna de las previsiones de los arts. 82 y ss LRLGDCU. Y sobre esta clase de pactos, que atribuyen a l consumidor todos los gastos de préstamos con garantía hipotecaria, se ha pronunciado y fijado jurisprudencia en las STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 y las dos STS 15 marzo 2018, rec. 1211/2017 y rec. 1518/2017. En definitiva, el primer motivo del recurso será desestimado.

QUINTO.- Sobre el interés en formalizar el contrato

22.- Alterando de nuevo el orden de las alegaciones de la parte apelante, se abordará ahora el tercer motivo del recurso, en el que Kutxabank discrepa respecto a quien interesa obtener las condiciones de una financiación



hipotecaria, defendiendo que es al cliente prestatario a quien principalmente conviene, cuestionando por eso las afirmaciones que al respecto hace la sentencia recurrida.

23.- Se mantiene así que desde el punto de vista económico este negocio sobre todo interesa al prestatario, que obtiene ventajosas condiciones para financiar su adquisición inmobiliaria. Siendo esto cierto, obvia el banco que el préstamo se retribuye con interés, que es propio del negocio bancario consiste obtener rentabilidades con la concesión de préstamo y crédito, que de este modo se mantiene a los clientes largo tiempo, y que además es frecuente que haya ventas vinculadas que reducen la cuantía del interés pactado y que propician la colocación de otros productos de la entidad a los prestatarios.

24.- En cualquier caso, frente a la tesis del recurso, dijo la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 que el principal interesado en documentar el préstamo con garantía hipotecaria es el banco, pues salvo por razón de la garantía y asesoramiento que supone la intervención del fedatario público, para el prestatario no resulta imprescindible. Es el banco titular del derecho real de garantía que puede constituirse merced a la intervención notarial y la inscripción registral. El motivo, por ello, será desestimado.

SEXTO.- Sobre los gastos notariales

25.- Volviendo entonces al motivo segundo, mantiene la parte apelante que no existe obligación de la entidad bancaria de abonar la intervención de notario o registrador. Para resolver se partirá de que, siguiendo la jurisprudencia que abre la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013, una previsión contractual que dispone que cualquier gasto de la operación debe ser asumido por el consumidor, sin que haya negociación que la soporte, es abusiva y no vincula en absoluto a la parte prestataria en tanto consumidora, conforme a los arts. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 83 TRLGDCU, que en dicha tesitura dice se tendrá por no puesta.

26.- Si la cláusula es nula, el principio de no vinculación citado obliga a quien la predispuso a indemnizar al que la padeció. Pero si se considerara lo contrario, no habría pacto, y debe analizarse quien estaría obligado a abonar los gastos de notario y registrador. Al respecto, lo convenido es un préstamo con garantía hipotecaria. En el caso del préstamo, es innecesario documentarlo en escritura pública, pues no lo exige el art. 1280 CCv, ni los arts. 50, 51 y 314 del Código de Comercio (CCom). El negocio jurídico por el que se otorga dinero u otra cosa, a cambio de devolver el tantumdem, no precisa la intervención notarial para tener validez.

27.- Recordaremos entonces la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013, que explica que la razón de que se acuda al notario es que así se cumplimentan las exigencias para que pueda constituirse garantía hipotecaria. La escritura pública y ulterior inscripción del derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo, tal y como disponen los arts. 145 de la Ley Hipotecaria (LH) y 1875 CCv. Si el préstamo no se documentara en escritura pública, no podría constituirse válidamente garantía hipotecaria.

28.- Frente al argumento que esgrime Kutxabank, la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013, entiende que quien principalmente tiene interés en que se otorgue escritura pública es el prestamista. Entiende el Tribunal Supremo que sólo así surge, en su favor, un derecho de garantía de tanta relevancia como la hipoteca. Además la sentencia explica que así obtiene título ejecutivo conforme al art. 517 LEC, y adquiere la posibilidad de acudir a la ejecución especial de los arts. 681 y ss LEC, sin necesidad de acudir previamente a un juicio declarativo. Completando la argumentación del Tribunal Supremo puede concluirse que, de este modo, a la garantía sustantiva que supone el derecho de hipoteca sobre el bien gravado, se une la garantía procesal, ya que puede acudirse al juicio ejecutivo especial sin pasar primero por el procedimiento declarativo que declare su derecho en sentencia.

29.- Siguiendo entonces al Tribunal Supremo, se concluye que el primer interesado en documentar en escritura pública e inscribir el préstamo con garantía hipotecaria es el banco prestamista. Al prestatario puede reportarle alguna ventaja, por el asesoramiento que ofrece el notario o la seguridad que otorga la escritura pública frente al contrato privado. Pero la sustancia del préstamo, que es la entrega de capital que luego tendrá que devolver, puede documentarse en un contrato privado.

30.- Sentado lo anterior, habrá que estar al art. 63 RN, que dispone que "la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial...", lo que reitera la Norma Sexta (Anexo II) del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, al aprobar el arancel notarial, al establecer "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación defunciones o los servicios del Notario...".

31.- Ciertamente es que la facultad de elegir notario corresponde al prestatario conforme al art. 126 RN. Pero tal facultad es un derecho que no está reñido con el cumplimiento de la obligación del prestamista, que tiene que remitir previamente a la notaría minuta de la escritura para que se pueda elaborar el "proyecto de escritura". Sólo si tal proyecto se deposita en la notaría es posible examinarla previamente en los tres días hábiles anteriores a otorgamiento, como disponen los arts. 5.2 y 7.2 de la Orden Ministerial 5 mayo 1994, BOE 11



mayo, aplicable al caso de autos, y en la actualidad, el art. 30.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios , BOE 29 octubre 2011 .

32.- Por ello el art. 147 RN dispone en su párrafo tercero dispone "En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación". No ha sucedido así en este caso, pero los términos técnicos recogidos en el contrato y las favorables previsiones al prestamista son indicio suficiente de que se redactó por Kutxabank.

33.- Argumenta la recurrente que debe aplicarse el art. 1168 CCv, que dispone que "los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor" , entendiéndose afecta a los prestatarios que se obligaron a constituir garantía hipotecaria. Efectivamente existía tal obligación accesorio para garantizar el pago, pero éste puede tener sin lugar sin que opere la garantía, que sólo asegura el cumplimiento. De hecho la normalidad es abonar sin que se ejecute la garantía, y lo anormal lo contrario . La norma citada, por tanto, no justifica que hayan de abonarse por Ja parte prestataria los gastos discutidos.

34.- Cuanto se ha expuesto hasta aquí se corrobora por la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , cuando explica en su Fundamento Jurídico Quinto. 6 g) 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".

35.- Las normas que esgrime el apelante ponen de manifiesto que si no hubiera previsión al respecto en la cláusula quinta del préstamo con garantía hipotecaria, hubiera sido el banco el obligado a pagar la escritura notarial. De ahí que la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , considere que en el marco de una negociación individualizada, el consumidor no hubiera aceptado razonablemente dichos términos, o al menos hubiera perseguido lo que el Tribunal Supremo describe como distribución equitativa, que en este caso no se da.

36.- Esa previsión de no aceptar razonablemente los términos de la cláusula, como dice la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , es lo que previene el art. 82 TRLGDCU, que considera abusiva la cláusula no negociada individualmente que ocasione en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones que derivan del contrato. La norma mencionada es aplicable porque la estipulación no se negoció individualmente, ya que quien tiene la carga de acreditarlo es el empresario, según el segundo párrafo del art. 82.2 TRLGDCU, y no lo ha hecho. Además, en contra de las exigencias de la buena fe, esta previsión quinta genera, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, como concluye la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 .

37.- Por otro lado la estipulación quinta vulnera la cláusula negra que contiene el comienzo del art. 89.3 TRLGDCU, cuando señala que "... en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas... La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario". Aunque el art. 63 del Reglamento Notarial y la norma sexta del anexo II del Arancel Notarial no tengan rango de ley, lo que previenen es que quien solicita el servicio es quien debe abonar la intervención notarial.

38.- Cabe también aplicar Ja previsión siguiente del art. 89.3.a) TRLGDCU, como señala la sentencia recurrida, pues aunque se refiera al contrato de compraventa se ha extendido por la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 , al préstamo con garantía hipotecaria que sirve para financiarla. Argumenta el Tribunal Supremo que "la financiación es una faceta ofase" del contrato de compraventa . El art. 89.3.a) TRLGDCU considera abusiva la estipulación que suponga que el consumidor haya de "cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario". Como se ha expuesto la documentación sirve principalmente al empresario, porque le otorga título para acceder al Registro de la Propiedad, constituir la garantía hipotecaria, y por tanto, le facilita título ejecutivo.

39.- Se concluye así que la cláusula es abusiva, lo que acarrea su nulidad conforme al art. 83 TRLGDCU. Dice la STS 15 marzo 2018, rec. 1211/2017 , en el FJ 4º.4 que "Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación". En el mismo sentido la STS 15 marzo 2018, rec. 1518/2017 .

40.- Siguiendo esa indicación, Ja nulidad supone la obligación de abonar por el banco los conceptos reclamados, aunque sin olvidar que ha dicho STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 en el FJ 5. 6g que "... 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".

41.- Conforme a lo que dispone el Tribunal Supremo, que mantiene cabe una distribución equitativa, que el contrato principal es de préstamo pero la garantía accesoria obliga a otorgar escritura pública, que no cabe que el contrato revista forma privada en una parte (préstamo) y pública en otra (constitución de la garantía hipotecaria), y que a ambas partes conviene la intervención notarial por las garantías que comporta, se entiende prudente y razonable considerar que cuando menos la mitad del coste de otorgamiento de escritura corresponde a cada uno de los intervinientes, por lo que la condena por este concepto debe mantenerse en los términos señalados por la resolución apelada, que atribuye a cada interviniente la mitad de los gastos notariales.

SÉPTIMO.- Sobre los gastos registrales

42.- Para los gastos del Registro de la Propiedad hay que estar a lo dispuesto en la norma octava (Anexo II), del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. Su apartado 1 establece que "Los derechos del registrador se pagarán por aquel 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) del artículo 6 de la Ley hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado". Estos supuestos del art. 6 LH se refieren a quienes transmitan un derecho (b) y "quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir" (c).

43.- Sostiene el apelante que la normativa fiscal considera interesado al prestatario, pero la STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 argumenta que "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" (FJ 5º.g) apartado 2, siendo el único derecho que se inscribe la garantía hipotecaria, cuya constitución interesa esencialmente al acreedor para asegurar que nazca jurídicamente la garantía que se constituye.

44.- Además de lo indicado hasta aquí, cuanto se ha expuesto en el anterior fundamento jurídico puede trasladarse también a los gastos que se satisfacen al abonar los aranceles registrales, lo que conduce a desestimar el segundo motivo del recurso de apelación planteado por Kutxabank.

OCTAVO.- Sobre los intereses

45.- En cuarto lugar la parte apelante considera improcedente que, declarada la nulidad, se produzca la condena a abonar interés legal de las cantidades que figuran en las facturas aportadas, porque i) es inaplicable el art. 1303 CCv; ii) no hay restitución que afrontar; iii) el banco no recibió ninguna cantidad; iv) de haber alguna aplicación de los arts. 1100 y 1108 CCv, operaría desde la reclamación extrajudicial.

46.- No hay duda de que los pagos no se hicieron al banco, aunque parece que se cargaron por éste en la cuenta del cliente. Pero se ha producido un enriquecimiento injusto de la entidad bancaria, como se alegaba en la demanda. Aunque no haya restitución porque nada hay que reintegrar, en tanto los pagos se hicieron a terceros -siendo inaplicable por ello el art. 1303 CCv-, existe enriquecimiento injusto porque de no existir la cláusula el banco hubiera afrontado parte del costo que tuvo que pechar en solitario la parte prestataria.

47.- Sobre esta cuestión también hemos resuelto anteriormente. Desde la SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 16 noviembre 2017, rec. 532/2017, mantenemos que partiendo de que el pago se hizo directamente a los profesionales, y no al banco, lo que ha sucedido es que se realiza un pago sin otra causa que una cláusula predispuesta por el profesional de la banca que se considera abusiva, de modo que se produce un enriquecimiento injusto, en el modo que señalan las STS 9 febrero 2009, rec. 2689/2003 o 16 octubre 2014, rec. 3170/2012, que consideran requisitos para apreciar enriquecimiento injusto que se presenten "... el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; y la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido".

48.- Como en el caso de la citada SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 16 noviembre 2017, rec. 532/2017, el primer elemento concurre, pues el banco obtiene la ventaja patrimonial a que alude el FJ 6º B de la STS 15 noviembre 2010, rec. 1741/2006, al no sufrir el detrimento del coste de la documentación, gestión e inscripción de la hipoteca, que por las razones dichas con anterioridad podría haber sido de su cuenta en mayor o menor medida. No hay al respecto tampoco cuestión, pues el banco admite que no abonó cantidad alguna por estos tres conceptos. También consta un correlativo empobrecimiento del prestatario (FJ 7º STS 9 febrero 2009, rec. 2689/2003), acreditado por el pago de las facturas de notaría, gestoría y registro, como se ha declarado acreditado en §12.3. El coste se asume por la parte prestataria en tanto que viene impuesto por una previsión contractual, que le determina a atenderlo en cumplimiento de sus previsiones.



49.- Finalmente no hay causa para que tenga lugar, porque la cláusula se ha declarado abusiva, y por esa razón, nula. No hay razón, entonces para el desplazamiento patrimonial (STS 28 octubre 2015, rec. 1107/2013), que no puede justificarse ya en una previsión contractual que nunca debió operar y es la causa de que el pago se haya realizado íntegramente por uno de los contratantes, cuando forzosamente no debió ser así.

50.- Las facturas evidencian el coste atendido. No hay dato alguno de que no se abonaran, ni ha tratado el recurrente de acreditar lo contrario. El prestatario tiene las facturas, están selladas e incorporadas a la escritura, y el banco demandado no ha negado que se inscribiera la hipoteca, lo que acarrea el pago de los derechos reclamados . En consecuencia se constatan datos más que suficientes de que el importe de las facturas se abonó.

51.- Además esta forma de condenar al pago del interés legal desde el abono, que debe entenderse desde la fecha de las facturas aportadas, es el único modo de asegurar la indemnidad de quien sufrió el perjuicio por la aplicación de una cláusula abusiva, y en consecuencia nula. Así se guarda coherencia con el principio de no vinculación que dispone el art. 6.1 de la citada Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Todo ello sin perjuicio de lo que dispone el art. 576.1 LEC , por lo que el motivo se desestima.

NOVENO.- De las costas en primera instancia

52.- En el último motivo del recurso se mantiene por el recurrente que no es procedente la condena en costas en tanto que: i) la estimación es parcial; ii) existen dudas jurídicas que justifican aplicar esa previsión del art. 394.1 LEC .

53.- Respecto a lo primero, no se comparte la apreciación de la apelante porque la estimación de la demanda ha sido sustancial. Se perseguía declarar la nulidad de dos cláusulas por abusivas, la sexta bis de vencimiento anticipado y la quinta de gastos, y en ambos casos se ha acogido la pretensión. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio (STS 26 julio 2000, rec. 2925/1995 y 12 julio 2006, rec. 3639/1999), que se han de abonar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión. Las consecuencias de la segunda se han admitido íntegramente respecto a lo pedido en el caso del arancel de registro, tasación y gestoría, y sólo se ha disminuido en el caso de la notaría.

54.- En estas situaciones las STS 14 septiembre 2007, rec. 4306/2000 , 7 mayo 2008, rec. 213/2001 , 18 junio 2008, rec. 339/2001 , 18 julio 2013, rec. 1791/2010 , y todas las que citan, establecen "la equiparación de la estimación sustancial a la total" , lo que supone que si se acogen sustancialmente las pretensiones del demandante, lo procedente es verificar la condena en costas previstas en el art. 394 . I LEC .

55.- En cuanto a las dudas jurídicas, es cierto que no existe unanimidad de los tribunales a la hora de fijar las consecuencias que acarrea la nulidad de esta cláusula. Sin embargo no las hay en lo que es la pretensión esencial de la demanda, que es la nulidad de la cláusula por abusiva.

56.- Pese a que la cláusula era nula por abusiva, la recurrente ha obligado al demandante a presentar una demanda judicial, por lo que ha generado el correspondiente gasto que acarrea la preceptiva postulación conforme a los arts. 23 y 31 LEC , que quedarían desatendidos pues el coste procesal impediría un auténtico resarcimiento del consumidor.

57.- Por otro la jurisprudencia viene siendo tajante a la hora de exigir la condena en costas en esta clase de asuntos. Explica la STS 4 julio 2017, rec. 2425/2015 , y las que le siguen, que: i) el principio del vencimiento es la regla; ii) lo contrario produciría un "efecto disuasorio inverso" a los consumidores que reclamen frente a cláusulas o prácticas abusivas; iii) la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio; y finalmente, iv) que debe tenerse en cuenta la propia posición procesal del banco. Esa doctrina se reitera luego en las STS 11 octubre 2017, rec. 258/2017 , 18 julio 2017, rec. 2153/2015 y 2728/2015 , STS 19 julio 2017, rec. 546/2015, 913/2015 , 1112/2015, 1113/2015, 3054/2015 y 3270/2015, 10 enero 2018, rec. 1448/2015, y 17 enero 2018, rec. 1667/2015, entre otras. Todo ello supone la íntegra desestimación del recurso de apelación.

DÉCIMO.- Depósito para recurrir

58.- Puesto que así lo dispone la Disposición Adicional 15ª.9 LOPJ , se decreta la pérdida para el apelante del depósito que consignó para recurrir.

UNDÉCIMO.- Costas

59.- Conforme al art. 398.J LEC , por remisión al art. 394.1, se condena al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en virtud de la potestad jurisdiccional concedida por la soberanía popular y en nombre del Rey

FALLAMOS

I.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de KUTXABANK S.A. frente a la sentencia de 5 de octubre de 2017 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Bilbao en el procedimiento ordinario nº 5000285/2017 .

II.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

III.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACION: Contra la presente resolución cabe interponer recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil el TRIBUNAL SUPREMO, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y de 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco de Santander con el número 4704 0000 00 0921 17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (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 nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los limos. Magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 2 de mayo de 2018, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.