

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 BIS DE
XXXXXX**

N.I.G.:03014-42-1-2018-0010604

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 005402/2018-DA

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA Nº 000101/2020**JUEZ QUE LA DICTA:** D/D^a**Lugar:****Fecha:** diez de enero de dos mil veinte**PARTE DEMANDANTE****Abogado:****Procurador:****PARTE DEMANDADA** BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.**Abogado:****Procurador:**

Doña,..... Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 5402/18 a instancia de..... contra la mercantil BBVA compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la

demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda, oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

TERCERO.- Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados.

Habiéndose admitido tan sólo la documental, quedaron los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

En el presente procedimiento la parte actora solicita de la escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario de fecha 13 de marzo de 2007, la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, así como la restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de la mencionada cláusula, en concreto; 431, 30 euros de notaría, 123, 13 euros de registro y 234, 11 euros de tasación.

La cuantía del procedimiento quedó fijada en 1.137,80 euros, teniendo en cuenta que dicha cantidad es la solicitada por la parte actora que incluye la restitución de los gastos antes descritos y los intereses.

La parte demandada se allanó a la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y a la restitución del 50% de los gastos de notaría.

SEGUNDO.- GASTOS HIPOTECARIOS

1.- CONDICIÓN GENERAL.-No discutida la condición de consumidor de la parte actora, la cláusula citada del contrato de hipoteca es una condición general de la contratación ya que el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de

contratos”.

En desarrollo de este precepto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sintetiza los requisitos que deben de contener las cláusulas para que las mismas puedan ser consideradas como condiciones generales de la contratación. Estos requisitos son los siguientes:

1) Contractualidad: son " Cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, ya que su principal característica es no ser fruto del consenso entre las partes después de una fase de tratos previos.

3) Imposición: La incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o el servicio sobre el que versa el contrato nada más se puede obtener mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

4) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que se van a realizar.

En sentido contrario, para que una cláusula incorporada al contrato sea considerada como resulta irrelevante, la autoría material. La apariencia externa, su extensión y cualquier otra circunstancia y que el adherente sea un profesional o un consumidor. En cuanto a los contratos de hipoteca, el alto tribunal, en las STS 4 de noviembre de 2010 y del 29 de diciembre del 2010 ha reconocido el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a la escritura de un préstamo hipotecaria suscritas por las entidades financieras. De la misma forma la STS de 9 de mayo del 2013 , entiende que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe de renunciar a contratar. En el caso en autos objeto, la cláusula citada del contrato de préstamo hipotecario es una condición general de la contratación.

Para determinar a quién le corresponde la prueba de la negociación y de la transparencia hay que acudir de las reglas generales sobre la distribución de la carga de las pruebas enumeradas en el art 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regla especial para el ámbito de los consumidores y usuarios en el artículo 82.2 TRLDCYU que establece que

"El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato". Estos preceptos son objeto de desarrollo por la STS del 9 de mayo del 2013:

1. La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o deben de renunciar a contratar.

2. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

3. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de la cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teóricas, de escoger entre las diferentes ofertas de distintos empresarios.

4. La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrario dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

2.- NULIDAD DE CLAUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.- La nulidad por abusiva de la cláusula de imputación indiscriminada de gastos al consumidor prestatario ya ha sido determinada por el Tribunal Supremo y por la Ilma. Audiencia Provincial de....., entre otras, en Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018: "Este Tribunal, en sentencia de 15 de diciembre de 2015, ya razonó, con relación a dicho tipo de cláusula, que "...la clave de la nulidad (...), desde esta perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en

la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser por cuenta de la misma".

Ese criterio fue confirmado, pocos días después, por la sentencia del Tribunal Supremo n.º 705/2015, de 23 de diciembre, que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del procedimiento, se incluyó una cláusula que imputaba al prestatario la totalidad (no un porcentaje) de los gastos ocasionados por el otorgamiento de la misma y por la inscripción de dicho título en el Registro de la Propiedad. En cumplimiento de dicha estipulación, aquél los abonó íntegramente, según ha acreditado. El art. 89 del TRLGDCU, en su número tercero, indica 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".

La Audiencia Provincial de... tiene criterio formado sobre la cuestión, reiterado en multitud de resoluciones, en el sentido de que "No nos encontramos ante una cláusula que prevea una distribución, entre las partes, del gasto producido por la intervención notarial y registral (la Resolución DGRN citada recuerda que "...en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor -en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral"), sino de una estipulación que, sin motivo, lo impone en su totalidad al prestatario, de modo que (en palabras del Supremo) "...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 TRLGDCU). Por tanto, no es aceptable pretender que, en el presente procedimiento, el Tribunal acuerde lo que las partes no pactaron

(la distribución equitativa o proporcional del gasto). Del tenor literal de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma. En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca. Es así que el carácter omnicomprensivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad. En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprensividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

En reciente **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019**, el Tribunal Supremo ha determinado que la cláusula que impone el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario es **"abusiva en su totalidad**, en cuanto que, como dijimos en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos

derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad. Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016: «34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago

indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía”.

De este modo, y aplicando la referida jurisprudencia al caso concreto en litigio, no hay duda de que la cláusula de gastos que contiene la hipoteca suscrita es nula, en tanto no distingue entre los gastos que genera el otorgamiento de la hipoteca los que debe abonar el hipotecante y la entidad prestamista, sino que impone de una forma indiscriminada al prestatario la totalidad de los gastos, expresando como tales los de tasación del inmueble, otorgamiento de la escritura, gestión ante el Registro de la Propiedad y pago de tributos. Procede en consecuencia declarar la nulidad de la cláusula.

3.- CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD- DISTRIBUCIÓN GASTOS.- Como señala **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019**, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sin que ello afecte a la nulidad de la cláusula.

Gastos notariales: En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad.

El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Es decir,

como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, **es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento**. Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Gastos de registro de la propiedad:1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél 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 artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c). A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. 2.- Desde este punto de vista, **la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario**. 3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

Tasación: Conforme a lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de..... de fecha 28 de septiembre de 2018: Es criterio asentado de este Tribunal que la imputación de estos gastos al comprador hipotecante no suscita dudas de legalidad. Se trata de un gasto precontractual que normalmente asume el comprador en tanto que

obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca.

Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones.

De hecho la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial -pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico- contempla dentro del coste total del crédito para el consumidor la valoración del bien cuando es necesaria para obtener el crédito, por lo que parece que es clara tendencia normativa la de entender que estamos ante un coste a cargo del prestatario y no del prestamista.

En cuanto a la alegación de prescripción relativa a la acción de nulidad y reclamación de cantidad derivada de la cláusula relativa a gastos, tal cuestión ha sido resuelta por nuestra Audiencia Provincial de... en sentencia n.º 106/18 de 12-3-18 sección 8ª en el sentido de que se evidencia la imposibilidad, no sólo general sino en particular, cuando de contratos entre profesionales y consumidores se trata, de disociar la nulidad de la abusividad con sus consecuencias que son efectivamente restitutorias pero en absoluto autónomas de la nulidad ni de su impronta en tanto la restitución no tiene otra causa que la nulidad misma (FD 2ª).

Por su parte, la Sentencia n.º 411/18 de 14 de septiembre de 2018 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de..... afirma "no es aceptable tampoco el alegato de que la acción ejercitada por la parte actora esté prescrita o lo ha sido con retraso desleal, pues sobre tal extremo ya hemos dicho en diversas ocasiones que en primer lugar la acción de nulidad por abusividad encierra un caso de nulidad absoluta y por tanto la acción para denunciarla es imprescriptible (la caducidad es instituto reservado a la anulación de los contratos, no a la nulidad); en segundo lugar, desde luego no resulta de la prueba practicada que la

acción se haya ejercitado con evidente abuso de derecho o mala fe, pues es evidente que la acción responde a un hecho social notorio desencadenado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 que ha derivado en un cuestionamiento general de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria; y, en tercero, que la consecuencia restitutoria de lo indebidamente cobrado no es una acción independiente, sino consecuencia inherente a la declaración de nulidad, por lo que no puede ser objeto de modulación ni puede considerarse prescrita en modo alguno”.

Por su parte la Sentencia n.º 377/18 de 20 de julio la citada Sección 8ª afirma “En primer lugar, el efecto restitutorio de las prestaciones anudado a la nulidad de una cláusula contractual es un efecto ex lege derivado de la acción de nulidad como se desprende del art. 1303 del CC. En segundo lugar, en todo caso, si existiera un plazo para su ejercicio, al ser accesoria de la nulidad, el dies a quo sería cuando pudiera ejercitarse (art. 1969 Cc) y sólo puede ejercitarse cuando es declarada la nulidad mediante Sentencia. En tercer lugar, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C154/15, C 307/15 y C 308/15), después de declarar que el desarrollo en los Derechos nacionales del principio de no vinculación de los consumidores respecto de las cláusulas abusivas tiene la naturaleza de orden público (apartados 53 y 54), en el apartado 66 declara “Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”. Así pues cualquier limitación o restricción a la restitución al consumidor de lo indebidamente abonado en virtud de las cláusulas abusivas es contrario al principio de no vinculación”.

Alega la parte demandada que no son abusivas las cláusulas contenidas en la escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario por los razonamientos aducidos en la contestación a la demanda que se dan por reproducidos, razonamientos que no compartimos. Al respecto cabe destacar por todas las SAP de Burgos de 19 de febrero de 2018 en el que se recoge un supuesto similar al objeto del presente procedimiento: “Y en tal sentido la cláusula de gastos de la mentada escritura, que impone todos los gastos e impuestos derivados de la misma al comprador, salvo el impuesto de incremento de valor de

terrenos urbanos (impuesto de plusvalía), y por ello también los derivados de la subrogación, ampliación y modificación del préstamo hipotecario, es una cláusula consentida por la entidad demandada que a su vez se beneficia de la misma en el sentido que gastos que a ella la corresponden pasan a ser sufragados por el prestatario. Debe por ello desestimarse la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada, tal como se hizo en la sentencia de instancia”.

TERCERO- EFECTOS

La parte actora también solicita la devolución de las cantidades **reclamadas**.

Al haberse declarado la nulidad de la cláusula relativa a gastos procede la restitución, conforme distribución efectuada por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019, de la cantidad de **338,78 euros** que se corresponden con (mitad gastos notaría y gastos registro) que constan debidamente acreditados con la documental obrante en autos, excluyendo gastos de tasación.

CUARTO.- INTERESES

Las cantidades a devolver al actor por la entidad bancaria **devengarán interés legal desde la fecha de su pago**. El global resultante devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde el día de hoy.

Conforme a la reciente Sentencia del Pleno 725/2018, de 19 de diciembre: “El Pleno de la Sala estima el recurso de casación interpuesto por el consumidor y considera que los intereses se devengan desde la fecha en que pagó los gastos en cuestión. La consecuencia de la abusividad de la cláusula de gastos es, conforme al principio de no vinculación de la Directiva 93/13 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la propia Sala Primera, que haya de actuarse como si la cláusula nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponda, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio, cuando se trata de la cláusula de gastos, no es directamente reconducible a la norma del Código Civil (art. 1303) que regula la restitución de prestaciones recíprocas entre las partes, pues no se trata de abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (en este caso, a la gestoría y al tasador), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como la declaración de abusividad obliga a restablecer la situación de hecho y de

Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la estipulación abusiva. Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. En consecuencia, la entidad bancaria **deberá abonar el interés legal desde la fecha en que el consumidor realizó los pagos**".

QUINTO.- COSTAS

Estamos ante un supuesto de estimación parcial. Al respecto cabe señalar a sensu contrario Sentencia de la Audiencia Provincial de..... de fecha 26 de julio de 2019: "En supuestos en que se accede a la pretensión declarativa de varias cláusulas financieras impugnadas con independencia de la restitución dineraria la estimación sería sustancial..... **Cuando sólo se impugna una cláusula, pero se excluye parcialmente la condenatoria es que se ha producido una estimación sustancial de la demanda si la cantidad estimada supera la suma de la cantidad desestimada**".

Vistos los preceptos legales y generales de aplicación.

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de

y en consecuencia:

1) Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos de la

escritura de fecha 13 de marzo de 2007.

2) Condeno a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de **338,78 euros** de principal en aplicación de la cláusula declarada nula, más intereses legales desde la fecha de su pago.

3) No se imponen las costas a ninguna de las partes.

La cantidad declarada devengará el interés legal del dinero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento Civil desde el dictado de esta sentencia.

Subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) ante este juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, exponiendo las alegaciones en las que base su impugnación, los pronunciamientos que impugna, y el precepto que resulta infringido el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante.

No se admitirá el recurso a trámite si quien lo pretende no acredita, al interponerlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos de este juzgado 50 euros.