

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE BENIDORM

N.I.G.:03031-42-1-2017-0000645

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000230/2017-B

De: D/ña.

Procurador/a Sr/a. COSTA ANDREU, JULIO

Contra: D/ña. KUTXABANK S.A.

Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA N° 000174/2017

En Benidorm, a 5 de junio de 2017

Vistos por mí, José Luis Preciado Mangado, Juez de adscripción territorial asignado como refuerzo al Juzgado de Primera Instancia N° 1 de los de esta ciudad y su partido, los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado bajo número arriba referenciado, a instancia de _____, representado/a por el/la Procurador JULIO COSTA ANDREU y defendida por el/la Letrado JOSE MIRA BERENGUER contra KUTXABANK, S.A. representado/a por el/la Procurador _____ y defendida por el/la Letrado _____; y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.– Por el Procurador de la parte actora, obrando en la indicada representación y mediante escrito que correspondió en turno a este Juzgado, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra la demandada que figura en el encabezamiento, en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando se dictase sentencia conforme a lo expresado en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.– Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, se opuso a lo solicitado en los términos que son de ver en su escrito de contestación.

TERCERO.– Convocada la Audiencia Previa la actora tan sólo se solicitó como prueba la documental por reproducida.
Por ello, se dio por concluida la Audiencia Previa quedando los autos conclusos para el dictado de la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.– La demanda explica que, en fecha 13 de febrero de 2006, las partes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario ante el Notario de Benidorm, D. Fernando Planelles. En el escrito iniciador de esta litis se destaca la existencia de condiciones generales de la contratación en el contenido de dicha escritura y a su vez, se resalta la condición de consumidor del aquí actor.

Acto seguido, la demanda se centra ya en reclamar la nulidad de la cláusula quinta del referido contrato, que, en concreto, viene a disponer que *“Son de cuenta de la parte prestataria los gastos de estudio y otorgamiento de la presente escritura, los de registro de la propiedad, los tributos, contribuciones, impuestos, arbitrios, y exacciones de todo orden que procedieren por razón de la constitución, modificación, distribución o cancelación de la hipoteca, los de seguro de la finca, y en general, cuantos se derivaren del presente contrato o son mencionados en él, viniendo a pagar intereses de demora al tipo indicado precedentemente, sobre el importe de los expresados gastos e impuestos, desde el día en que la Institución acreedora los hubiere suplido. Kutxa se reserva la facultad de suplir otros gastos además de los mencionados, si así conviniera a sus intereses.*

Así mismo, serán de cuenta y cargo en todo caso de la parte prestataria, cuantos gastos tengan su origen en la tramitación de los procedimientos judicial o extrajudicial, con inclusión de los intereses pactados que se devenguen desde la fecha de la reclamación, honorarios profesionales, gastos fiscales, etc.

Idéntica norma se seguirá con los gastos, costas y perjuicios que origine la parte deudora por incumplimiento de contrato, con inclusión de los honorarios de Letrado y Procurador, si kutxa, aunque fuere voluntariamente, utilizara su intervención”.

Como es de ver, al hilo de lo pretendido se han constantes alusiones a la STS de 23 de diciembre de 2015, y con base en la posición mantenida por el Alto Tribunal y en la legislación de consumo, se defiende la nulidad interesada a la par que, como efectos económicos de dicha declaración se solicita la devolución de las sumas a las que en su día tuvo que hacer frente el aquí demandante, y, en concreto:

- 252, 99 € por la minuta de derechos del registro de la Propiedad nº 1 de Benidorm.
- 1.044, 56 € por los derechos y suplidos del Notario.
- 3.582,00 € por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.
- 209,15 € por los honorarios de Gestoría.

En total se reclama la devolución de 5.082, 73 €.

La parte demandada se opone a la reclamación aduciendo en primer lugar que las condiciones financieras del contrato concertado entre las partes fueron negociadas entre el actor y la entidad financiera, y que ya en la oferta vinculante que KUTXABANK, S.A

facilitó a se hacía constar que sería el prestatario quien debía pagar los gastos cuya restitución ahora se interesa.

Se indica que esa oferta fue libremente pactada y que el actor bien pudo comparar la misma con las provenientes de otras entidades.

Por otro lado, se expone que la demandada no ha percibido el dinero que el demandante entregó a la gestoría Sermator como provisión de fondos a fin de que se tramitaran las escrituras suscritas, por lo que nada se le puede reclamar por este concepto.

De igual forma, el pago del impuesto de actos jurídicos documentados fue aceptado en la escritura pública firmada por ambas partes, por lo que mal se puede exigir que ahora se devuelva una carga que se aceptó como propia.

Finalmente, se indica que el préstamo analizado se fijó para una duración temporal de 35 años, pero finalmente fue cancelado de forma anticipada en fecha 24 de agosto de 2009, por lo que mal puede cuestionarse ahora la validez de los pactos contenidos en una relación negocial que ha quedado extinguida y consumada.

SEGUNDO.– Pues bien, expuestos los términos de debate parece claro que el punto de partida habrá de ser lo resuelto por el tribunal Supremo en su STS de 23 de diciembre de 2015, pues es de ver como allí se abordó una cláusula de un tenor muy similar como la que hoy nos ocupa.

Así se expone en dicha resolución, en la parte que nos interesa:

*“1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende **atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato**, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*

*El art. 89.3 TRLGCU califica como **cláusulas abusivas**, en todo caso, tanto “La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”(numero 2o), como “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario” (numero 3o). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario(art. 89.3.3o letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario(art. 89.3.3o letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados(art. 89.3.4o) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones*

que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación(art. 89.3.5o).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la **formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas**(necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los **tributos que gravan el préstamo hipotecario**, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y,

en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula. [...]

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

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el

domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC”.

Pues bien, con base en el hilo argumental de la referida Sentencia, iremos desgranando en el siguiente correlativo cada uno de los pedimentos realizados por la parte demandante. Ello siempre partiendo de un presupuesto apriorístico cual es que el actor siempre tuvo la consideración de consumidor en la operación que aquí se trae a colación, lo cual no es cuestionado por la parte demandada.

TERCERO.– Cuatro son los apartados fundamentales en los que basa la presente demanda, y, en todos ellos, la entidad crediticia opone la libertad de pactos y la libre autonomía de la voluntad contractual de las partes, pues siempre se hace alusión a la existencia de negociación entre las partes y al contenido de la oferta vinculante que se le entregó a la parte prestataria.

Con todo, lo dispuesto en el artículo 1.255 CC no puede ser óbice para la anulación de aquéllas cláusulas que se terminen por considerarse abusivas, pues siendo éstas nulas de pleno derecho, no están a salvo de esa posible exclusión so pretexto de su supuesta aceptación por parte de las personas prestatarias.

Ello es así, por cuanto el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias la Ley expone con claridad que “*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley...*”, con lo que, en buena lógica, si aún pactando la renuncia a los derechos reconocidos en esta legislación tuitiva resulta que los mismos serían plenamente oponibles, con mayor motivo lo serán si esta renuncia no consta. Y eso es así aún cuando se pudiera haber pactado la asunción de algunos pactos de carácter abusivo, merced al desequilibrio negocial existente entre los litigantes.

Por lo tanto, el actor no tiene limitadas las acciones aquí ejercitadas por el mero hecho de haber firmado la escritura pública que ahora cuestiona en cuanto al contenido de la cláusula quinta, sino que, la declaración de nulidad de lo allí dispuesto será siempre posible si se cumplen los presupuestos analizados por el Alto Tribunal.

Matizado lo anterior, abordaremos ahora cada uno de los conceptos incluidos en la estipulación cuestionada, y que se refieren a los siguientes extremos:

GASTOS PREPARATORIOS

Expone el contrato en cuestión que “*Son de cuenta de la parte prestataria los gastos de estudio [...] y en general, cuantos se derivaren del presente contrato o son mencionados en él, [...]añadiéndose más tarde que “Kutxa se reserva la facultad de suplir otros gastos además de los mencionados, si así conviniera a sus intereses”.*”

Queda claro entonces que semejante previsión atenta contra los derechos del consumidor, pues tal y como declara nuestro Tribunal Supremo, supone cargar al mismo con *gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponden al empresario; con servicios complementarios o accesorios no solicitados; y con indemnización o penalizaciones que no corresponden a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.*

Además la formula abierta que se utiliza adolece de falta de concreción de manera que el prestatario se vería indefenso ante cualquier cargo que en relación a los gastos le quisiera girar su Banco, pues ya vimos como *Kutxa se reserva la facultad de suplir otros gastos [...] si así conviniera a sus intereses.*

En función de lo analizado, es clamorosa la nulidad del pacto, y por ello se ha de aceptar la devolución de los 209, 15 € que se reclaman en concepto de honorarios de la Gestoría Sermator, S.L, pues es de ver como el documento 5 está circunscrito a las gestiones concernientes al préstamo con hipoteca inmobiliaria de vivienda, y el Alto Tribunal considera que las mismas se relacionan con un mayor interés de la entidad crediticia.

Consideramos que la estipulación vulnera el contenido del artículo 89 LGDCU por las razones expresadas supra, y la solicitud ha de ser aceptada al respecto, sin que sea óbice el que los honorarios de la gestoría se le abonaran a ésta directamente por el actor, ya que lo que se reconduce aquí es ese deber contractual que se desplaza al consumidor, y como quiera que hablamos de pagos que debería de haber hecho el empresario, justo es entonces que se permita esta repetición de lo satisfecho.

ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES

Si acudimos a la cláusula cuestionada observamos como se dice en ella que “*Son de cuenta de la parte prestataria los gastos de estudio y otorgamiento de la presente escritura, los de registro de la propiedad, [...]”*, lo cual está en abierta contraposición con lo resuelto por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia que analizamos.

Así, dice el Alto Tribunal que “*...en lo que respecta a la **formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas**(necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a*

cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, 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, [...]”.

Siendo esto así, la nulidad de lo pactado es de nuevo indudable si se sigue esta doctrina jurisprudencial, pues no en vano la cláusula analizada viene a ser semejante a la que se analiza por el Tribunal Supremo y hablamos de infracciones de la lista expresa de cláusulas abusivas que se relacionan en la LGDCU.

Económicamente ello se traducirá en la restitución de los gastos que se concretan con los documentos 2 y 3 de la demanda, esto es 252, 99 € por la minuta de derechos del Registrador y 1.044,56 € por los aranceles Notariales, pues es de ver como ambos documentos se refieren a la constitución del negocio hipotecario, y no se discute esta circunstancia en la contestación a la demanda ni se desglosa por la entidad la procedencia o improcedencia de alguno de sus conceptos, sino, que la oposición se genera por el todo, pero desde una perspectiva que no puede ser acogida si se atiende a la Sentencia del Alto Tribunal.

IMPUESTOS

De nuevo dice el contrato que “*Son de cuenta de la parte prestataria los [...] impuestos, arbitrios, y exacciones de todo orden que procedieren por razón de la constitución, modificación, distribución o cancelación de la hipoteca[...]”*, y de nuevo el Alto Tribunal ofrece una visión bien distinta a la que facilita la entidad bancaria, ya que allí se expone que “*...la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, **al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados**, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho”*.”

Se defiende aquí la entidad sosteniendo que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados que se devenga por el otorgamiento de una escritura de préstamo hipotecario es el prestatario. Sin embargo, y pese a que sus alegatos pueden ser dignos de defensa, resulta que no es ésto lo que opina la Sala 1ª del Alto Tribunal, que con su

Sentencia viene a despejar la controversia hermenéutica que se produce al contrastar los escritos de demanda y de contestación.

Es por ello que la partida de 3.528 € que se acreditan con el documento 4 de la demanda deberá de ser estimada, pues hablamos del devengo de un impuesto en el que, según el Tribunal Supremo, el sujeto pasivo debería de haber sido la entidad financiera, y por tanto, con la cláusula que ahora se anula, se trasladó de manera indebida al consumidor la obligación de atender el pago del tributo analizado.

GASTOS EXTRAJUDICIALES Y COSTAS JUDICIALES

Se indica en la cláusula cuestionada que *“... serán de cuenta y cargo en todo caso de la parte prestataria, cuantos gastos tengan su origen en la tramitación de los procedimientos judicial o extrajudicial, con inclusión de los intereses pactados que se devenguen desde la fecha de la reclamación, honorarios profesionales, gastos fiscales, etc.*

Idéntica norma se seguirá con los gastos, costas y perjuicios que origine la parte deudora por incumplimiento de contrato, con inclusión de los honorarios de Letrado y Procurador, si kutxa, aunque fuere voluntariamente, utilizara su intervención”.

Por su parte, el Tribunal Supremo establece que *“la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.*

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio”.

Queda claro entonces que la nulidad de dicha previsión es evidente, pues además de genérica abierta e inconcreta (termina con un etcétera que posibilita a la entidad cargas cualquier gasto que considere oportuno), adolece de falta de reciprocidad y atenta gravemente contra la regulación imperativa que fija la normativa procesal.

Con todo, este pedimento no se relaciona con una partida económica concreta por lo que su incidencia en torno a la condena dineraria es nula.

CUARTO.– De esta suerte, la demanda habrá de ser estimada, pues la nulidad de la cláusula analizada es flagrante al incardinarse de lleno en la definición que se da en el artículo 82 LGDCU, ya que se trata de abusivas a *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que,*

en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Es verdad que la demandada se defiende sosteniendo la existencia de negociación, pero lo cierto es que ello no consta como se pretende, pues los documentos 1 y 2 de la contestación sólo sugieren la entrega de las condiciones contractuales que ella misma predispone, pues hablamos aquí de la oferta vinculante que la entidad realiza al prestatario, y no de la acreditación de una verdadera negociación del clausulado.

Además, tal y como se indica en el apartado segundo del artículo 82 *“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”* y *“El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”*, cuando lo cierto es que con los documentos acompañados no podemos dar por sentado lo que se dice por la entidad crediticia.

Sea como fuere, ese debate resulta intrascendente desde el mismo instante en el que, el artículo 82.4 remarca que en todo caso son abusivas las cláusulas que, se contienen en los los artículos 85 a 90, lo que implica la nulidad radical de la aquí analizada, pues ya vimos como sí que se interrelaciona con alguno de los artículos ahí delimitados.

QUINTO.– Finalmente, opone la parte demandada que el préstamo objeto de debate fue suscrito por un plazo de 35 años, y sin embargo, se canceló anticipadamente en fecha 24 de agosto de 2009, por lo que se alega que con esos presupuestos, y siendo que hablamos de un contrato que ya ha desplegado todos sus efectos y que se ha consumado y extinguido, no puede ahora la parte demandante pretender la nulidad de parte de su clausulado y la restitución de las sumas que suplica en su demanda.

Con todo, consideramos que ese alegato defensivo tampoco puede prosperar, pues el que nos hallemos ante un contrato ya cancelado y agotado no impide la interposición de reclamaciones siempre y cuando nos hallemos ante el ejercicio de acciones interpuestas en plazo. Ese argumento es genérico y válido para toda la esfera del mundo del derecho, pues por ejemplo se puede valorar en una compraventa en la que se haya entregado la cosa y satisfecho el precio con el ejercicio posterior de reclamaciones por saneamiento, que son válidas en tanto en cuanto la acción no se ha extinguido; o en definitiva para cualesquiera reclamaciones por responsabilidad contractual una vez finalizadas las prestaciones que competan a cada una de las partes.

Es en este punto, cuando la parte actora se anticipa a los posibles problemas de prescripción que se pudieran suscitarse en el caso de Autos, ya que es de ver como en la demanda trata este tema para defender el carácter imprescriptible de la acción de nulidad que se ejercita, o, en su defecto, el hecho de que la misma se sujete al plazo que se regula

en el artículo 1.964.2 CC, que actualmente es de 5 años, pero que en la fecha en la que se canceló el préstamo era de 15 (no viéndose perjudicada con el cambio legislativo a tenor de la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de su entrada en vigor, 7 de octubre de 2015, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil).

Con todo, no será preciso abordar este debate, pues como es de ver, en la contestación no se esgrime prescripción en ningún momento, sino que se opone la cancelación del contrato como circunstancia que impide el ejercicio de la reclamación, cuando lo cierto es que ya hemos visto que ello no puede aceptarse.

Así las cosas, no se aprecia tampoco este alegato defensivo y por ende, no hallamos óbice alguno para la estimación de la demanda.

SEXTO.– En materia de intereses se aplicará el legal del dinero de la cuantía aludida desde la reclamación judicial, y ello, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1100 CC “*Incurrer en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación...*” y 1108 CC “*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños Y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*”.

SEPTIMO.– En lo relativo a las costas se imponen así mismo a la parte demandada por imperativo del artículo 394.1 LEC, a saber: “*En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*”

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares”.

En virtud de todo lo expuesto,

FALLO

Que debo ESTIMAR la demanda interpuesta por
contra KUTXABANK, S.A,y, por tanto se declara la nulidad de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 13 de febrero de 2006 y se condena a la parte demandada a pagar a la actora la cuantía de **5.082, 73 €**, más los intereses legales que se devenguen en la forma expresada en la fundamentación jurídica.

Se condena a KUTXABANK, S.A al pago de las costas procesales derivadas de este procedimiento.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—Se advierte expresamente a todas las partes, testigos y peritos, y demás personas que sean receptoras de la presente resolución que, deberán guardar total y absoluta confidencialidadde todos los datos de carácter personal obrantes en la misma; quedando terminantemente prohibida la transmisión de dichos datos y/o la comunicación por cualquier medio o procedimiento de los mismos, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, ex Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades administrativas, civiles y penales, a que haya lugar en otro caso.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

Así, por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Sr. Juez que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.