

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, Sentencia 176/2018 de 22 Mar. 2018, Rec. 796/2017

Ponente: Arranz Freijo, María Lourdes.

Nº de Sentencia: 176/2018

Nº de Recurso: 796/2017

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 31503/2018

Cabecera

RECURSO DE CASACIÓN. Materia civil. Por interés casacional.

Iter procesal

La presente resolución *desestima* el recurso interpuesto contra la sentencia 18/2017 del J Primera Instancia núm. 11 de Bilbao, de 6 Sep. 2017 (Rec. 96/2017). La presente resolución *desestima* el recurso interpuesto contra la sentencia 18/2017 del J Primera Instancia núm. 11 de Bilbao, de 6 Sep. 2017 (Rec. 96/2017).

Texto

SENTENCIA Nº 176/2018

ILMOS. SRES.

Dª. REYES CASTRESANA GARCÍA

Dª. LOURDES ARRANZ FREIJO

D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En BILBAO (BIZKAIA), a veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de **Procedimiento ordinario 5000096/2017** del Juzgado de Primera Instancia nº 11 (Refuerzo) de Bilbao, a instancia de **KUTXABANK S.A.** parte apelante - demandada, representada por la Procuradora Sra. IRATXE PEREZ SARACHAGA y defendida por el Letrado Sr. IÑIGO BARRUTIA OLASOLO, contra **D. ALBERTO** parte apelada - demandante que se opone al recurso, representada por el Procurador Sr. JAVIER FRAILE MENA y defendida por el Letrado/a D. JOSE MARIA ORTIZ SERRANO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 6 de septiembre de 2017..

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia de fecha 6 de septiembre de 2018 (LA LEY 127188/2017) (sic) es del tenor literal siguiente:

"FALLO:Que debo estimar y ESTIMO la demanda presentada por el procurador Sr. Fraile Mena y, en consecuencia:

I) Declaro la nulidad de la cláusula "Quinta.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA" de la escritura de préstamo hipotecario, suscrito el 9 de julio de 2007, ante el notario de Bilbao D. Javier Rodríguez Santamaría, con número 946 de su protocolo.

1. Declaro la nulidad de la cláusula "Sexta bis.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA", contenida en la misma escritura.

2. 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 798,54 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 7/1998, 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 sea firme, de la presente sentencia en el mismo".

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de **la demandada** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido **el nº 796/17 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada **D^a LOOURDES ARRANZ FREIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se solicitaba en la demanda, la declaración de nulidad por abusivas, de las cláusulas de vencimiento anticipado, e imposición de gastos y tributos a cargo del prestatario hipotecante, contenidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 9 de Julio de 2007, por el actor con la entidad bancaria demandada; solicitándose igualmente como efecto de la declaración de nulidad, la condena de la demandada al pago del importe de 1.074,63 euros, abonados en concepto de gastos notariales, registrales, y de tasación, y los intereses legales desde la fecha de pago, así como la condena al pago de las costas.

La parte demandada, se opuso a la demanda, sosteniendo la validez de ambas cláusulas por cuanto que la parte actora las aceptó libremente, abonando los gastos acordados.

Además alegó que la parte actora carecía de acción por ausencia de objeto, ya que el préstamo fue amortizado anticipadamente, siendo cancelado el 12 de Febrero de 2016, no procediendo declarar la nulidad de un contrato extinguido.

La sentencia de instancia, tras rechazar la alegación de falta de acción, declaró la nulidad de las cláusulas, en virtud de lo dispuesto en los [arts. 82 y ss del RD legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre \(LA LEY 11922/2007\)](#), por el que se aprueba el TRLGDCU, subsistiendo el contrato en los restantes términos.

Y como efecto de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, condena a la demandada a reintegrar a la parte actora, la mitad de los gastos notariales y la totalidad de los gastos registrales, y de tasación, en un importe total de 798,54 euros euros; los intereses devengados desde la fecha del pago y las costas de la instancia.

La entidad demandada KUXABANK, S.A., interpone recurso de apelación solicitando que se dicte Sentencia que revoque la de instancia y:

- Desestime la pretensión de la actora de reintegro de la totalidad de las cantidades que pago en concepto de gastos de tasación, notariales y registrales por el otorgamiento e inscripción registral de la escritura de préstamo hipotecarios objeto de esta litis.

- Subsidiariamente:

- condene a mi mandante a pagar la mitad de los gastos de Notaría y Registro, con intereses desde la reclamación extrajudicial y sin que hay condena al pago de las costas.

Todo ello en base a los motivos de recurso que seguidamente se expondrán.

SEGUNDO.- CARENANCIA DE ACCIÓN Y AUSENCIA DE OBJETO.

Reitera la demandada la alegación efectuada en la instancia, aunque no traslada al Suplico del recurso, ninguna pretensión derivada de la misma.

En cualquier caso la alegación, debe ser rechazada por idénticos motivos, a los que se recogen en la sentencia recurrida, pues 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, a ser imprescriptible la acción de nulidad (STS de 21 de Enero de 2010).

TERCERO.- EXISTENCIA DE UN PACTO EXPRESO, PREVIO AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA.

Sostiene la recurrente que la cláusula debe reputarse válida por cuanto que la cláusula fue libremente pactada en el contrato de préstamo, y que con anterioridad a la formalización del contrato el demandante fue debidamente informado y consintió expresamente, y que los gastos asumidos por la parte prestataria, son los que debían ser asumidos conformes a las Leyes que contiene su regulación.

La sentencia de instancia declara la nulidad de la cláusula de gastos siguiendo lo dispuesto en la STS de 23 de Diciembre de 2105, al considerar que la cláusula quinta del préstamo otorgado por la demandada KUTXABANK, es similar al que se analizó en la referida sentencia, y frente a tal conclusión lo que la recurrente hace valer es el principio de libertad contractual, quedando las partes obligadas en los términos que hayan estipulado.

Pero con tal formulación, lo que olvida la recurrente, es que los consumidores está protegidos por la [Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993 \(LA LEY 4573/1993\)](#) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y por el RDL 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la [LGDUCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), y otras leyes complementarias, siendo precisamente ese el motivo por el que el TS en la mencionada sentencia, en aplicación de tal normativa, considera que en el marco de una negociación individualizada el consumidor no hubiere aceptado razonablemente dichos términos, siendo eso lo que previene el *art. 82 del RDL 1/2007*, que considera abusiva la cláusula no negociada individualmente que ocasione en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

En el caso de autos, la estipulación no se negoció individualmente, pues quien tenía la carga de acreditarlo era la recurrente y no lo ha hecho (*art. 82.2TRLGDCU*).

Además como seguidamente veremos al analizar la regulación legal de cada uno de los gastos repercutidos, la estipulación quinta vulnera la cláusula que contiene el comienzo del [art. 89.3 del TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), que señala que--" en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas --.< La imposición a consumidores de los gastos de documentación y tramitación que por Ley correspondan al empresario> , siendo también de aplicación la previsión del [art. 89.3 a\) del TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), de aplicación al préstamo con garantía hipotecaria, conforme a lo dispuesto por el *TS en su sentencia de 23 de Diciembre de 2015*, conforme a la cual se 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.

Y también se vulnera la previsión del *art 89.3.4* que considera siempre abusivas, las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario, bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, y correlativamente < los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso expresados con la debida claridad o separación> (*art. 89.3.5º*).

Por todo ello la cláusula quinta incorporada al contrato suscrito de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes, y dado su carácter omnicomprendido de la repercusión de los gastos que contempla, justifica, de conformidad con la doctrina sentada por el TS en su sentencia de 23 de Diciembre de 2015, su declaración de abusividad.

CUARTO.- LOS GASTOS DE TASACION.

Sostiene la recurrente que es el solicitante de un préstamo hipotecario el que debe acreditar ante la entidad prestamista la suficiencia de la garantía ofrecida, mediante la presentación de una tasación realizada por una sociedad especializada, por así haberlo acordado, no existiendo por tanto ninguna ley, ni contrato que le imponga esa obligación.

La obligatoriedad por parte del prestatario de asumir los gastos de tasación, fue analizada por este Tribunal en su sentencia de 7 de Diciembre de 2017(AOR 326/17), en la que dijimos:

A los efectos de la tasación del inmueble resulta relevante la fecha en que se efectuó el contrato. Las partes firmaron el préstamo hipotecario el 9 de julio de 2007.

En materia de requisitos necesarios para la aplicación de las normas que fijan las peculiaridades de la ejecución en bienes hipotecados, la ley 1/2.013 modificó el [art. 682.2.1ª de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) como sigue:

Antes señalaba, como primer requisito: " 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la [Ley 2/1981, de 25 de marzo \(LA LEY 607/1981\)](#), de Regulación del Mercado Hipotecario ."

Con posterioridad se establece: " 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la [Ley 2/1981, de 25 de marzo \(LA LEY 607/1981\)](#), de Regulación del Mercado Hipotecario."

Por tanto, en el momento en el que se constituyó la hipoteca, la tasación de la finca, conforme a lo previsto en la Ley 2/1981 no era un requisito necesario para acceder a la aplicación de las normas especiales de la ejecución sobre bienes hipotecados, sino que únicamente se exigía la determinación del valor de los mismos en la escritura pública para que pudiera servir como tipo de la subasta.

Al no constituir un requisito obligado, sólo puede concluirse que la verificación de la tasación, en este caso concreto, constituyó un servicio de carácter accesorio que las partes, de común acuerdo, podían decidir llevar a cabo y sobre el que, en ningún caso, puede admitirse como válida la imposición por el empresario o profesional, que es precisamente a quien favorece para el caso de una eventual ejecución hipotecaria. En este sentido, el [artículo 85.5 TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#) declara como

condiciones abusivas: "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 ". Al mismo tiempo, el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio (LA LEY 2229/2000), de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios señala lo siguiente en cuanto a la contratación con este tipo de entidades: " Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca (...). En el presente caso, no se ha aportado prueba alguna relativa a la previa información al consumidor, dada de forma clara y separada, de su derecho a designar conjuntamente a la empresa de tasación o bien de rechazar la contratación de este servicio. Por este motivo, de acuerdo con los [artículos 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#) y [217.3 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) y atendiendo a lo establecido en las normas anteriormente citadas debe concluirse que es la parte demandada a quien corresponde el abono íntegro de los gastos de tasación, cuya contratación, decidida exclusivamente por ella misma, impuso al consumidor aun sin resultar necesaria para instar el proceso de ejecución hipotecaria. Todo ello con la única finalidad de favorecer su posición, dotando de una mayor seguridad su garantía hipotecaria, seguridad cuyo coste impuso al consumidor."

Por tanto la condena impuesta por tal concepto es ajustada a derecho.

QUINTO.- GASTOS NOTARIALES.

Sostiene la recurrente que la parte demandante para cumplir con su obligación de constituir hipoteca, necesitaba los servicios del Notario, y por tanto el coste de su intervención era un gasto extrajudicial a su cargo.

Sobre dichos gastos, y partiendo de la nulidad de la cláusula por abusiva, decíamos en nuestra sentencia de 17 de Noviembre de 2015:

"22.- Si no había pacto, debe analizarse quien estaría obligado a abonar los gastos de notario y registrador. 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 del Código Civil (CCv), ni los [arts. 50 \(LA LEY 1/1885\)](#), [51 \(LA LEY 1/1885\)](#) y [314 del Código de Comercio \(LA LEY 1/1885\)](#) (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.

Recordaremos entonces la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), 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 \(LA LEY 3/1946\)](#) (LH) y 1875 CCv. Si el préstamo no se documentara en escritura pública, no podría constituirse válidamente garantía hipotecaria.

24.- Frente al argumento doctrinal que esgrime Kutxabank, la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), 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 explica la sentencia que así obtiene título ejecutivo conforme al [art. 517 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), y adquiere la posibilidad de acudir a la ejecución especial de los [arts. 681 y ss LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), 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.

25.- 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.

26.- 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 (LA LEY 3053/1989), al aprobar el arancel notarial, al establecer "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario-".

27.- 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 \(LA LEY 20192/2011\)](#), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, BOE 29 octubre 2011.

28.- 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". Eso acontece en este caso, en el que tras las veinte estipulaciones, hay un apartado rubricado "Solicitud de inscripción" cuyo párrafo final dice "Se hace constar que el clausulado de esta escritura ha sido redactado conforme a minuta presentada por la entidad prestamista" (folio 29 de los autos). Un indicio, por tanto, de que quien solicitó la intervención del notario fue el prestamista.

29.- Argumenta Kutxabank que debe aplicarse el art. 1168 CCv, que dispone que "los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor", entendiendo afecta a los prestatarios que se obligaron a constituir garantía hipotecaria.

Efectivamente existía tal obligación accesoria 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 la parte prestataria los gastos discutidos.

30.- El segundo argumento es que desde el punto de vista económico es interesada la parte prestataria, obviando el apelante que obtiene un rendimiento mediante el interés que remunera el préstamo, que vincula contractualmente de forma duradera a sus clientes y que además, para obtener un interés ventajoso, éstos adquieren otros productos de la entidad. Las ventajas económicas, por tanto, son para ambas partes contratantes.

31.- Finalmente se asegura que la OM 5 mayo 1994 declara lícito el pacto, sin señalar qué precepto lo indique. En cualquier caso resulta irrelevante, porque se ha admitido la nulidad de lo pactado, y para que pudiera tener eficacia una previsión como la que se apunta, habría de haberse negociado individualmente lo que no se acredita porque Kutxabank no propuso más prueba que la documental, y la que presenta al contestar la demanda (solicitud de operación de riesgo, extracto de movimientos de la cuenta y provisión de fondos al notario), no lo evidencia en absoluto.

32.- Además dijo la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), en su FJ 5.6º.g) que "quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista". Tiene interés el interesado a que se refiera el arancel, que es además quien pretende constituir el derecho de hipoteca mediante su asiento en la hoja de la finca que grava.

33.- Ya se ha expuesto 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.

Además fue Kutxabank quien remitió la minuta que permitió redactar el proyecto de hipoteca al notario. Es el banco quien es titular del derecho real de garantía que puede constituirse merced a la intervención notarial y la inscripción registral. Y es quien, en este caso, ha remitido la minuta para que pudiera elaborarse el proyecto de escritura. Aunque los clientes, ejerciendo su derecho, pudieran haber escogido notaría, lo que se aprecia en el caso de autos es que quien reclamó la intervención del fedatario público fue el banco recurrente.

34.- Esta conclusión se corrobora con la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), 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.- Pero añade ese mismo fundamento jurídico de la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), 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".

36.- Atendiendo a que dispone el Tribunal Supremo que 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 y pública en otra, y que a ambas partes conviene la intervención notarial por las garantías que comporta, se entiende prudente y razonable considerar que la mitad del coste de otorgamiento de escritura corresponde a cada uno de los intervinientes."

De conformidad con tal criterio, la condena por este concepto debe ser confirmada.

SEXTO.- GASTOS REGISTRALES.

La recurrente, y al igual que en el caso de los gastos notariales, sostiene que el arancel de los registradores no impone el pago al prestamista a cuyo favor se inscribe el derecho, por lo que no hay ninguna norma que establezca que es el acreedor hipotecario, quin deba abonar los honorarios del registrador.

En cuanto a dichos gastos decíamos en nuestra sentencia de 16 de Noviembre de 2107 (dictada en el AOR 532/17:

"- Hay que volver a recordar que como se expuso en §24, el FJ 5.6º.g) de la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#) dice 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". Debe abonar el coste, por tanto, quien reclame la inscripción de la escritura pública.

37.- La afirmación del Tribunal Supremo tiene fundamento en la regla octava, apartado 1, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre (LA LEY 3054/1989), por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, esgrimido por el apelante, que ha señalado 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 \(LA LEY 3/1946\)](#), 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).

38.- De nuevo insistiremos en que la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#) , dice en su FJ 5.6º.g) que "quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista". Tiene interés el interesado a que se refiere el arancel, que es además quien pretende constituir el derecho de hipoteca mediante su asiento en la hoja de la finca que grava. Es el banco quien resulta titular de la garantía hipotecaria, pero no tiene que abonar el importe del arancel registral porque la cláusula quinta se lo endosa a la parte prestataria. Sin tal cláusula, quien habría de haberlo atendido sería el banco prestamista."

Por tanto la condena impuesta por este concepto, debe ser igualmente confirmada.

SÉPTIMO.- INTERESES.

Sostiene la recurrente, que no resulta de aplicación al supuesto enjuiciado lo dispuesto en el [art. 1303 del C.c. \(LA LEY 1/1889\)](#), por cuanto que Kutxabank no tiene nada que restituir, pues no recibió del demandante cantidad alguna.

Para el caso de ser de cargo de la entidad prestamista estos gastos, el demandante habrá realizado un pago indebido y tendría derecho a reclamar desde que exigiera judicial o extrajudicialmente el correspondiente resarcimiento conforme a lo establecido en los [arts. 1100 \(LA LEY 1/1889\)](#) y [1108 del C.c. \(LA LEY 1/1889\)](#)

El motivo no se acoge, porque la condena al pago de interese no tiene su fundamento, en una obligación de restituir sino en la existencia de un enriquecimiento injusto.

Dijimos al respecto en nuestra sentencia de 14 de Marzo de 2018 (ACG 781/17):

.-" Lo que ha habido en este caso es un pago hecho por el prestatario a un tercero, que tiene su origen en la previsión contractual, la cláusula quinta que atribuye todos los gastos al prestatario. Sin tal cláusula, no habría habido tales pagos, o no en la extensión en que se han producido. Sin esa previsión, habría pagado el banco, en todo o en parte. En consecuencia, lo que ha habido es un enriquecimiento injusto de la entidad bancaria, que merced a la cláusula abusiva, y por tanto nula, se ha ahorrado abonos que endosa al cliente.

En efecto, la jurisprudencia que contienen las STS 9 febrero 2009, rec. 2689/2003 (LA LEY 1166/2009) o 16 octubre 2014, rec. 3170/2012 (LA LEY 176209/2014), establece como 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".

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 (LA LEY 204556/2010), 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 (LA LEY 1166/2009)), acreditado por el pago de las facturas de notaría, tasación y registro, como se ha declarado acreditado en §13.4. 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.

.- Finalmente que no hay causa para que tenga lugar porque la cláusula se ha declarado abusiva, y por ello, conforme al [art. 83 TRLGDCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), nula. No hay razón, entonces para el desplazamiento patrimonial ([STS 28 octubre 2015, rec. 1107/2013 \(LA LEY 157014/2015\)](#)), que no puede justificarse ya en una previsión

contractual que nunca debió operar y es la única razón de que el pago se haya realizado íntegramente por uno de los contratantes, cuando no debió ser así. 45.- Para evitar el enriquecimiento injusto es preciso indemnizar los importes pagados y los intereses previstos en el art. 1108 CCv desde que se produjo el pago, porque es la única forma 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 Directiva 93/13/CEE \(LA LEY 4573/1993\)](#). Dicho interés legal se devenga hasta la fecha de la sentencia del juzgado, y conforme al [art. 576.1 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), el total que resulte de sumar principal y el interés antes indicado, producirá a su vez, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, interés legal elevado en dos puntos hasta la completa satisfacción de los clientes".

OCTAVO.- COSTAS.

Sostiene la recurrente, que la condena en costas que le ha sido impuesta debe ser revocada, puesto que la demanda ha sido parcialmente estimada, y además existen en el caso de autos claras dudas de derecho que justifican su no imposición.

El motivo no se acoge, en virtud de los razonamientos que ya expusimos en nuestra sentencia de 15 de Marzo de 2018, ya citada:

"Hay que admitir, en primer lugar, que la demanda se basa en la decisión adoptada por la [STS 23 diciembre 2015, rec. 2658/2013 \(LA LEY 204975/2015\)](#), que declara nula por abusiva la cláusula que, como la de autos, desplaza todos los gastos de formalización e inscripción del préstamo con garantía hipotecaria al consumidor que lo toma. Se trata de una sentencia que dicta el pleno, y que por tanto, constituye jurisprudencia. No hay, al respecto, duda jurídica ni controversia. Una reclamación extrajudicial debiera haber bastado para resolver el problema, sin obligar a los prestatarios a presentar la demanda ante los tribunales.

- Es cierto, que no existe unanimidad de los tribunales a la hora de fijar las consecuencias que acarrea la nulidad de esta cláusula. Pero también lo es que se reconoció por Kutxabank que las dos cláusulas eran abusivas, y sin embargo, nada se admitió respecto a la reclamación dineraria, ni siquiera en parte.

Las diferencias interpretativas de los tribunales, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, no han sido cuestionadas por Kutxabank, que se aquietó a la nulidad de ambas cláusulas y a la condena parcial al pago de importes derivados de su aplicación, puesto que no recurre la decisión. La entidad ha obligado a continuar el juicio, pues discutía que fuera procedente la reclamación de cantidad, por lo que ha generado el correspondiente gasto que acarrea la preceptiva postulación conforme a los [arts. 23 \(LA LEY 58/2000\)](#) y [31 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), que no pueden quedar desatendidos pues el coste procesal impediría un auténtico resarcimiento del consumidor.

.- Por otro lado la cuestión esencial del litigio es la nulidad de las dos cláusulas que se han reconocido abusivas, y declarado como tales. Discutida una cuestión jurídica, como señalaba la actora en el fundamento jurídico 6ª de la demanda atendiendo la exigencia del art. 253.1 de la [Ley 1/2000 \(LA LEY 58/2000\)](#), de 7 de julio, de Enjuiciamiento Civil (LEC), el importe de las consecuencias de esa declaración es irrelevante, pues tan

estimatoria sería la demanda si las hubiera como si fuera simplemente declarativa. Por ello sostenía con razón la ahora recurrente y antes demandante, aplicando el [art. 253.3 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) (al ser inaplicables las reglas de los arts. 251 y 252), que la cuantía del procedimiento es indeterminada, ya que la condena dineraria es la consecuencia de nulidad, sea toda, mucha, poca o ninguna. La cuantía del procedimiento es indeterminada conforme al citado [art. 253.3 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), puesto que no se reclama cantidad, sino la nulidad de dos cláusulas, es decir, una cuestión jurídica que no puede cuantificarse conforme a las reglas del art. 251 LEC. 52.- Por todo ello debe concluirse, siguiendo la jurisprudencia que contienen las STS 14 septiembre 2007, rec. 4306/2000 (LA LEY 139737/2007), 7 mayo 2008, rec. 213/2001 (LA LEY 79032/2008), 18 junio 2008, rec. 339/2001 (LA LEY 86338/2008), 18 julio 2013, rec. 1791/2010 (LA LEY 120417/2013), y todas las que citan, que "la equiparación de la estimación sustancial a la total", lo que supone que si se acogen esencialmente las pretensiones del demandante, lo procedente es verificar la condena en costas previstas en el [art. 394.1 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), ya que pese al allanamiento hubo un requerimiento previo que no justificó que se retiraran las cláusulas ni que se abonara alguna cantidad, por lo que conforme al [art. 395.1 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) se aprecia mala fe."

NOVENO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas del recurso. ([arts. 394 \(LA LEY 58/2000\)](#) y [398 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#)).

DÉCIMO.- La [disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#) (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank, S.A. contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 (Refuerzo) de Bilbao, en autos de P. Ordinario nº 96/2017 de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando a la apelante al pago de las costas de la apelación.

Transfiérase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del 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 LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 0796 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 \(LA LEY 1694/1985\)](#)).

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.