

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712
Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: [REDACTED]
NIG CGPJ / IZO BJKN : [REDACTED]

Recurso apelación procedimiento

LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 2622/2018 -

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de
Instancia nº 8 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko

zk.ko Epaitegia Prokurador/a / Prokuradorea: [REDACTED]
Autos de Procedimiento ordinario [REDACTED] (e)ko autoak

Abogado/a/ Abokatua: VANESSA PAEZ ORTIZ

ordinario Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

RProcurador/a/ Prokuradorea: Abogado/a / Abokatua:

Primera Recurrido/a / Errekurritua: [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

SENTENCIA Nº 667/2018

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/D^a. YOLANDA DOMEÑO NIETO
D/D^a. LUIS BLANQUEZ PEREZ
D/D^a. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a doce de diciembre de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Procedimiento ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Donostia, a instancia de Kutxabank S.A. apelante - demandada, representada por el procurador Santiago Tamés Alonso y defendida por la letrada Itziar Santamaria Irizar, contra [REDACTED] y [REDACTED] apelados - demandados, representados por la procuradora [REDACTED] y defendidos por la

letrada Vanessa Páez Ortiz; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 14 de marzo de 2018.

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.-

El 14 de marzo de 2018 el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián dictó Sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. [REDACTED] Y D^a [REDACTED] contra KUTXABANK, y en consecuencia:

1º.- DECLARO LA NULIDAD de las siguientes cláusulas del contrato suscrito entre las partes objeto de la presente litis:

- de la cláusula Quinta, de atribución de gastos al prestatario,
- de la cláusula Sexta que fija los intereses de demora al 17,25 %, devengando en caso de impagos los intereses remuneratorios pactados
- de la cláusula Cuarta, apartado segundo, que fija las comisiones por posicionesdeudoras.
- de la cláusula Sexta bis, en cuanto a la primera de las causas de vencimientoanticipado.

2º.- CONDENO a la entidad bancaria a eliminarlas del contrato, y a pagar a la actora la cantidad de **1. 028,78 euros**, más los intereses legales desde la reclamación extrajudicial

3º.- DESESTIMO la acción de nulidad respecto de la cláusula Tercera bis que fija el interés remuneratorio en relación con el índice IRPH cajas.

4º.- No procede la imposición de costas a ninguna de las partes litigantes."

SEGUNDO.-

Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 26 de noviembre de 2018.

TERCERO.-

En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la Ley.

CUARTO .-

Ha sido la Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado D. LUIS BLANQUEZ PEREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Dentro del procedimiento de Juicio Ordinario 1115/2017, tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de San Sebastián se dictó sentencia con fecha 14/03/2018, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Dña. [REDACTED] en nombre y representación de D. [REDACTED] y [REDACTED] declarando la nulidad de las cláusulas 5ª (gastos), 6ª (intereses demora), cláusula 4ª (comisiones deudoras) y 6ª bis (vencimiento anticipado) , sin costas.

Notificada la resolución interpuso contra la misma recurso de Apelación el procurador D. Santiago Tamés Alonso en nombre y representación de Kutxabank, S.A. impugnando en su Suplico solamente :

- el abono de los gastos notariales / registro / gestoría.

Habría que significar el allanamiento parcial realizado en escrito de 13 de noviembre de 2017, en relación a :

- la nulidad de la cláusula 5ª, sobre los gastos e impuestos a los prestatarios.
- la nulidad de la cláusula 6ª, sobre el interés de demora.
- la cláusula 6ª bis apartado 1º sobre vencimiento anticipado

Como ya se ha expuesto por este Tribunal en reiteradas ocasiones frente a concretas entidades bancarias, puede entenderse la sorpresa / incluso asombro ante las resoluciones, que por una u otra razón eliminan en la actualidad cláusulas de concretos contratos por abusividad cuando durante años nadie las cuestionó, pero ello no quita que siguiendo la postura sentada por el T.J.C.E. y por nuestro T.S. en continuas resoluciones debamos confirmar las apreciaciones de la juzgadora de instancia, matizando además o corrigiendo a la entidad en el sentido de que caso no aceptar las meritadas cláusulas no habría un cambio en las condiciones, simplemente no tendría lugar el préstamo, siendo la entidad la que venía prácticamente a imponer toda una serie de conceptos / supuestos, que desfiguraban en ocasiones el verdadero coste del préstamo en el prestatario medio, a saber, el interés a atender con la suma recibida, ello unido a la garantía de la hipoteca firmada.

La cláusula de gastos, por tanto, no era algo susceptible de negociación por más que se sugiera lo contrario, amén de que como ya hemos plasmado en un sin fin de procedimientos, ambas partes perfectamente podían haber alcanzado una solución satisfactoria para ambas, con lo que al optarse por la vía judicial, de alguna manera se aceptaban los criterios judiciales, por más que ambas partes apoyen sus contrarias posturas con toda una serie de argumentos. Incluso ya dictada sentencia en primera instancia, también se podía haber alcanzado un acuerdo de mínimos en vez de recurrir, evitando así el largo tiempo transcurrido y el indiscutible coste inherente.

Asimismo, si bien se citan resoluciones de otras Audiencias con soluciones en ocasiones dispares, en lo que hace referencia a San Sebastián, ya desde hace un tiempo los criterios se han marcado, con lo que, a lo sumo, lo que todo litigante debiere tener en consideración serían las soluciones aquí adoptadas, en vez de prolongar de manera infinita los debates, para obtener en su caso una no imposición de costas en perjuicio claro está de la parte más débil.

SEGUNDO.-

Ciñéndonos a los concretos puntos cuestionados tenemos :

- En relación a los gastos del notario:

La persona obligada al pago de los gastos notariales viene determinada por la Norma Sexta del Anexo II "Normas generales de aplicación" del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que establece que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente.

Igualmente, el art. 63 del Reglamento Notarial dispone que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel Notarial.

Como declara la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, de la Sala 1ª, constituida en Pleno, "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)"

1. Por tanto, el Tribunal Supremo en esta sentencia identifica como interesado a la persona beneficiada por el otorgamiento de la escritura pública.

Por otra parte, para la celebración del contrato de préstamo no es preciso el otorgamiento de escritura pública, pudiendo haberse realizado este contrato mediante documento privado con arreglo al principio de libertad de forma consagrado en el art. 1.278 CC, mientras que el art. 145 LH sí que exige que las hipotecas se constituyan en escritura pública y se inscriban en el Registro de la Propiedad. Y, por consiguiente, el otorgamiento de la escritura pública constituye un presupuesto necesario para la constitución de la hipoteca, pero no para el otorgamiento del préstamo.

De lo anterior se concluye que quien tiene interés en el otorgamiento de la escritura pública y, por tanto, en la intervención del Notario, es la entidad bancaria, que así puede constituir el derecho real de hipoteca e inscribirlo en el Registro de la Propiedad, obtiene un título ejecutivo con la posibilidad de la ejecución especial prevista en los arts. 685 y ss LEC y obtiene una condición preferente o privilegiada como acreedor del deudor (arts. 1.923.3º y 1927 CC) incluso en situaciones concursales (arts. 89 y 90.1.1º LC).

- En relación a los gastos de Registro :

El Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente

el derecho, siendo exigibles también 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

No existe controversia en el hecho de que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad financiera, que se beneficia del derecho real de garantía inscrito a su favor, por lo que el gasto que ello comporta debe ser asumido por ella.

Deberá por tanto ser atendida por la entidad bancaria.

Finalmente en relación a los gastos de gestoría al margen de los asumibles argumentos de las dos posturas existentes, este Tribunal ya zanjó la cuestión entendiendo la necesidad de ser atendidos al 50% por ambas partes, al tratarse de una labor beneficiosa para los ahora litigantes, salvo que se acreditase de manera adecuada que se pudo evitar tal labor o solventarse a un precio sensiblemente inferior.

Por todo ello procede la estimación parcial del recurso con expresa condena en costas en la primera instancia y sin mención en la alzada.

Vistos los artículos pertinentes y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de Apelación presentado por el procurador D. Santiago Tames Alonso en nombre y representación de la entidad Kutxabank S.A. contra la sentencia de 14 de marzo de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de San Sebastián, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el sentido de fijar que los gastos de gestoría se atenderán al 50% por las partes litigantes, debiendo en consecuencia modificarse la suma a devolver, manteniendo el resto, todo ello con expresa imposición de costas en la primera instancia y sin mención en la alzada.

Devuélvase a KUTXABANK S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art.477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art.469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación

frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art.477.2 LEC.

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 1858/0000/12/2622/18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.