

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE
BILBAO**

**BILBOKO LEHEN AUZIALDIKO 10 ZK.KO
EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - C.P./PK: 48001
TEL.: 94-4016682
FAX: 94-4016980

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-16/012146
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2016/0012146

Pro.ordinario / Proz.arrunta 497/2016

SENTENCIA Nº

JUEZ QUE LA DICTA: MARTA ICIAR FERNANDEZ-HIERRO MARTINEZ

Lugar: BILBAO (BIZKAIA)

Fecha: cinco de abril de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: FRANCISCO JAVIER FREIRE CAMPO y MARIA ISABEL GOMEZ LOPEZ

Abogado/a: DAVID CAMACHO ALONSO y DAVID CAMACHO ALONSO

Procurador/a: IÑIGO HERNANDEZ MARTIN y IÑIGO HERNANDEZ MARTIN

PARTE DEMANDADA BANCO CEISS S.A.

Abogado/a: ALVARO PRADO FALCON

Procurador/a: ALFONSO LEGORBURU ORTIZ DE URBINA

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 9 de mayo de 2016 el Procurador D. Iñigo Hernández Martín presentó, en nombre y representación de D. Francisco Javier Freire Campo y Dña. María Isabel Gómez López, demanda de juicio ordinario contra “BANCO CEISS, S.A”. Alegaba, en síntesis, que el objeto de la demanda es la declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario de los gastos inherentes a la formalización de la escritura de préstamo hipotecario, y de la cláusula de intereses moratorios; tales cláusulas han sido declaradas nulas en abstracto por la STS de 23 de diciembre de 2015; se solicita también la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la primera de estas cláusulas. Acumuladamente, se solicita la devolución de los intereses indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula suelo-techo, declarada nula por Sentencia de 26 de marzo de 2015 de Juzgado de lo mercantil nº 2, acción que se ejercita ahora por haberse renunciado a su ejercicio en aquel procedimiento en el momento en el que los actores tuvieron conocimiento de que la Audiencia Provincial de Bizkaia adoptó el criterio de no devolver los intereses indebidamente cobrados, renuncia a la acción (que no al derecho) admitida por el Juzgado y que no impide que se vuelva a ejercitar.

Aducía los Fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, y terminaba solicitando que se citase sentencia por la que:

- a) Declare la nulidad de la cláusula quinta y sexta de la escritura por la que respectivamente se repercuten al prestatario los gastos notariales, registrales y fiscales, y se predispone un interés moratorio correspondiente al remuneratorio incrementado en 6 puntos
- b) Condene a la sociedad demandada al pago de 1314,61 euros en concepto de gastos indebidamente repercutidos, incrementados con el interés legal del dinero desde el 15 de marzo de 2011
- c) Condene a la demandada al pago de los intereses indebidamente cobrados por la aplicación de la cláusula suelo-techo anulada por sentencia 89/2015 de 26 de marzo del juzgado de lo mercantil nº 2 de Bilbao

Tal cuantía equivaldrá a la diferencia entre las cuotas pagadas desde la primera revisión del interés posterior al 9 de mayo de 2013 y las que correspondería haber pagado si no se hubiera aplicado la cláusula anulada por sentencia 89/2015 de 26 de marzo del juzgado de lo mercantil nº 2 de Bilbao, esto es, aplicando el tipo de referencia y el diferencia pactados en la escritura sin ninguna limitación, y ello incrementado en el interés legal del dinero

- d) Condene a la demandada al pago de las costas procesales

Segundo.- La demanda se admitió a trámite por Decreto de 16 de mayo de 2016. El 17 de junio de 2016 el Procurador D. Alfonso Legorburu Ortiz de Urbina presentó, en nombre y representación de BANCO CEISS, escrito de contestación a la demanda. Alegaba, en resumen, que no procede la devolución de cantidad alguna por la declaración de nulidad de la cláusula suelo, porque ya se ha absuelto a la demandada de dicha acción; tampoco procede la declaración de nulidad de la cláusula quinta y sexta por haber precluido su posibilidad de alegación. Terminaba solicitando que se dictase sentencia por la que se desestimen íntegramente todos los pedimentos de la demanda, con expresa condena en costas.

Tercero.- La Audiencia Previa se celebró el 9 de marzo de 2017. Se intentó la conciliación sin éxito y se fijaron los hechos controvertidos y los admitidos. La única prueba propuesta por las partes fue la documental; tras su admisión, y de conformidad con el artículo 429.8 de la LEC, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Devolución de intereses indebidamente cobrados en aplicación de la cláusula suelo-techo

Los demandantes suscribieron con la demandada una escritura de préstamo hipotecario el 9 de noviembre de 2010. Con anterioridad se siguió un procedimiento entre las partes dictándose sentencia el 26 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo mercantil nº 2 de Bilbao en el que se declaraba la nulidad de la cláusula suelo

En este procedimiento la actora solicita la devolución de los intereses indebidamente cobrados por aplicación de la misma; alega que ejercita ahora la acción por haberse renunciado a su ejercicio en aquel procedimiento en el momento en el que los actores tuvieron conocimiento de que la Audiencia Provincial de Bizkaia adoptó el criterio de no devolver los intereses indebidamente cobrados, renuncia a la acción (que no al derecho) admitida por el Juzgado y que no impide que se vuelva a ejercitar.

Según se deduce de la sentencia del juzgado de lo mercantil, aportada como documento nº 5.1 de la demanda, en aquel procedimiento la demandante presentó escrito "*desistiendo o, subsidiariamente, renunciando a la acción de reclamación de cantidad*". En el fundamento de derecho octavo de la sentencia se afirma "*la parte demandada se opone al desistimiento solicitado por la actora, luego he de pronunciarme sobre el mismo si bien formulada renuncia subsidiaria a la acción, la misma suponer pérdida del derecho para la parte, luego procede dictar sentencia absolutoria respecto a esta pretensión*". Y en el fallo de la sentencia, en el punto tercero, se acuerda absolver a la demandada de la acción de reclamación de cantidad. Esta sentencia, tal y como reconocen ambas partes, es firme.

Esto es, en el procedimiento anterior se acogió en la sentencia la pretensión subsidiaria de la parte actora, la renuncia a la acción de reclamación de cantidad. Y con arreglo a dicha renuncia y al artículo 20.1 de la LEC, se dictó sentencia absolutoria en lo relativo a esta acción.

Pues bien, la renuncia a la acción, extingue la acción e impide su planteamiento en un proceso posterior. Por lo que procede desestimar la demanda en este punto.

A este respecto podemos citar la SAP Barcelona, sección 19, de 8 de febrero de 2013

"Como señala el AAP de Madrid, Civil sección 9 del 07 de Mayo del 2012 (ROJ: AAP M 7598/2012): "...se puede desistir del proceso y renunciar a la acción en cualquier tiempo, aunque ya se haya producido la contradicción de la parte contraria. La diferencia es que la renuncia extingue la acción, que no se puede ejercitar de nuevo, mientras que el desistimiento no impide su ulterior ejercicio. Sin embargo, a los efectos de la imposición de costas, ambas figuras tienen en común que la inutilización del proceso se produce por voluntaria decisión de la parte litigante, ejercitando su poder de disposición, lo que, naturalmente, conduce a que deba cargar con los gastos que tal decisión haya ocasionado; pues, en todo caso, significa que se ha llamado innecesariamente al proceso a la parte contraria, que, por ello, no está obligada a pagarlos, salvo que lo haya consentido. Tanto la renuncia a la acción como el desistimiento del proceso, implican el abandono definitivo o provisional de la pretensión deducida en el juicio, que, por ello, queda imprejuzada, y, además, no prospera; y, en este sentido, conlleva la imposición de costas, porque significa que todas las pretensiones han sido rechazadas, pues ninguna se ha admitido."

La renuncia a la acción impide la promoción de otro juicio sobre el mismo tema, con lo que el interés jurídico del demandado en la continuación del procedimiento es mínimo (por no decir inexistente). La renuncia supone el reconocimiento por parte del actor de que su

pretensión es infundada, y provoca, siempre que reúna los requisitos legales y que sea admisible, en los términos que establece el artículo 6-2º del Código Civil, que se dicte Sentencia absolutoria con plena eficacia de cosa juzgada. Lo anterior no supone siempre la condena en costas de la parte que renuncia a la acción ejercitada, como señala el AAP de Madrid, Civil sección 13 del 04 de Noviembre del 2011 (ROJ: AAP M 14963/2011) : "La renuncia supone pues una dejación de la acción o derecho en que esta se funda, impidiendo que esta pueda volver a reproducirse, y como acto unilateral, no precisa, ni asentimiento, ni conformidad del demandado. Debe ser expresa, clara y concluyente, y aunque el citado precepto nada dice respecto de las costas, al ser recogida en sentencia absolutoria comporta el vencimiento del actor y debe determinar su imposición.".

Segundo.- Preclusión del artículo 400 de la LEC

Respecto de las otras dos pretensiones del actor (declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos al prestatario y la cláusula de intereses moratorios) se alega por la demandada la preclusión del artículo 400 de la LEC.

Señala el artículo 400 de la LEC

“1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.”

Considera la parte demandada que ya hubo un procedimiento donde se pudo y se debió plantear todo lo relacionado con el contrato de préstamo hipotecario, y que no tiene sentido que se puedan ir presentando tantas reclamaciones judiciales como declaraciones de nulidad se pretendan.

El planteamiento de la parte demandada resulta fundado, y existen resoluciones judiciales que lo sustentan. Así, la STS de 24 de noviembre considera que no pueden ser objeto de un juicio declarativo ulterior las cuestiones que se pudieron haber planteado en un juicio ejecutivo precedente (el asunto se planteaba en relación con la cláusula de vencimiento anticipado); y esta doctrina se reitera en la STS de 12 de diciembre de 2014. Y la SAP Cádiz, sección 8, de 26 de septiembre de 2016, en un supuesto análogo al presente afirma:

“Planteado el debate en la alzada en los términos expuestos la cuestión relativa a la vulneración del artículo 400 LEC, que se invoca en el primer motivo del recurso, debe ser analizada con carácter prioritario teniendo en cuenta que su estimación haría ocioso el examen de los demás motivos planteados. Debe resolverse, por tanto, si la acción de nulidad

de cláusulas contractuales por abusivasejercitada en el presente procedimiento ha precluido con efecto similar al de la cosa juzgada -o litispendencia- en aplicación del artículo 400 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En la presente litis la parte actora, ejercita contra Unicaja una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, concretamente de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, contenida en la escritura de préstamo hipotecario en el que se ha subrogado, alegando como fundamento de su pretensión el artículo 82 del TRLCU. Con carácter previo se han incoado otros dos procedimientos ordinarios planteados por el actor contra la entidad demandada, en referencia al mismo contrato de préstamo hipotecario, y seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz: autos de juicio ordinario 493/15 en el que se insta la nulidad de la cláusula suelo y el juicio ordinario 1590/15 sobre nulidad de la cláusula de intereses de demora.

La parte demandada, en su contestación (en el primer hecho tercero) alegó expresamente la infracción del artículo 400 LEC de modo que, aunque no hizo expresa mención a la excepción de litispendencia, la misma hubo de ser resuelta en el acto de la audiencia previa teniendo en cuenta, además, que tal excepción debe ser apreciada incluso de oficio atendida la finalidad del interés público que la inspira (STS de 25 de abril de 2005).

El referido artículo 400 LEC establece la regla de la preclusión de alegaciones, tanto de hecho como de derecho de la tutela pretendida, al disponer que "cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior", añadiendo, que "a efectos de litispendencia y de cosa juzgada los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este". Esta garantía procesal de preclusión se encuentra directamente enlazada con el principio de cosa juzgada material, con lo que el apelante considera que no puede someterse a un nuevo enjuiciamiento en el pleito que ahora nos ocupa de aquéllo que el hoy actor tuvo plena oportunidad de haber alegado en los procedimientos ordinarios ya instados en los que ha solicitado la declaración de nulidad de distintascláusulas del mismo contrato de préstamo hipotecario en el que se ha subrogado.

Criterio que esta Sala comparte en su integridad, como ya hemos expuesto en anteriores resoluciones, así en el auto de 28 de junio de 2016 (rollo 150/16). En efecto, conforme al precepto indicado, en la demanda han de aducirse los diferentes hechos y fundamentos jurídicos que, respectivamente, sean conocidos o puedan invocarse al interponerla, "sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior". Por ello, todos los hechos que pudieron alegarse en el primer proceso quedan comprendidos, de derecho, bajo la cosa juzgada, aunque, de hecho, no fuesen juzgados por haber sido omitidos por el demandante y no pueden aducirse como nuevos en un proceso ulterior. La cosa juzgada se proyecta hasta el momento procesal en que se pudieron hacer valer cualesquiera elementos fácticos relativos a la situación objeto del proceso. Y la cosa juzgada comprende también los fundamentos jurídicos no alegados, pero que pudieron alegarse, aunque sobre ellos no se pronunciase el órgano jurisdiccional en el proceso anterior, es decir, aunque de hecho no fuesen juzgados.

Lo anterior resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2013 , al exponer que: "Esta Sala ha declarado que el artículo400.2 LEC está en relación de subordinación respecto a la norma contenida en el artículo 400.1 LEC , de forma que solo se

justifica su aplicación para apreciar litispendencia o los efectos de la cosa juzgada material cuando entre los dos procesos - atendiendo a las demandas de uno y otro- se hayan formulado las mismas pretensiones. Es en tal caso cuando no cabe iniciar válidamente un segundo proceso para solicitar lo mismo que en el proceso anterior con apoyo en distintos hechos o diferentes fundamentos jurídicos, pues la LEC obliga a estimar la excepción de litispendencia -si el primer proceso se halla pendiente- o la de cosa juzgada -si en el primer proceso ha recaído sentencia dotada de efectos de cosa juzgada material. Las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda están en íntima conexión con la acción ejercitada en la misma, de manera que la decisión sobre la identidad de las pretensiones no puede abstraerse de la acción ejercitada que las sustenta. La identidad de la acción no depende del fundamento jurídico de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi (causa de pedir), es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora. La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por esta razón la jurisprudencia ha aludido en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado. Este ha sido el criterio seguido por esta Sala, bajo la regulación de la LEC 1881, cuando, adelantándose a la previsión que hoy contiene el artículo 400.2 LEC, ha rechazado por contravenir el principio de cosa juzgada, el ejercicio de acciones fundadas en hechos o fundamentos jurídicos que hubieran podido ser alegados contra el demandado en un proceso anterior, siempre que los nuevos hechos o fundamentos se alegaran en sustento de una misma acción."

Resulta de ello que sostenida y pretendida por el demandante, tanto en la presente demanda como en las anteriores formuladas, la nulidad de cláusulas del mismo contrato por abusivas conforme a la legislación protectora de consumidores y usuarios es obvio que la pretensión es la misma, en relación al mismo contrato y contra la misma entidad por lo que el actor pudo y debió invocar en el primer proceso declarativo promovido aquellas causas de pedir (con sus fundamentos jurídicos idóneos) que afectasen a la abusividad de las cláusulas, esto es, todos los aspectos de ineficacia por razones de abusividad afectantes a las distintas cláusulas del contrato, no siendo admisible la reserva de causas de pedir para un ulterior proceso con el consiguiente uso abusivo de las distintas instancias y órganos judiciales para los indicados fines.

No desconoce esta Sala que la protección de los derechos del consumidor es una cuestión de interés público, hasta el punto de ser doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la UE que, al margen de las facultades de oposición del consumidor, en todo caso todo Juez de la UE tiene el deber de examinar de oficio, en cualquier clase de procedimiento y en cualquier momento procesal en que se presente la disponibilidad elementos necesarios para ello, el carácter abusivo de las cláusulas firmadas por consumidores, todo ello con fundamento en el art. 6 de la Directiva Comunitaria 93/13. Pero el propio Tribunal de Justicia de la UE explica hasta donde alcanza la efectividad de esa no vinculación de las cláusulas abusivas, declarando en la sentencia de 6 de octubre de 2.009 que: "En cualquier caso el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal del consumidor que desconoce sus derechos, como el asunto que dio lugar a la sentencia antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor".

La actuación de oficio del Juzgador en materia de cláusulas abusivas no autoriza a subsanar, por tanto, los defectos procesales en los que haya podido incurrir el consumidor ni su pasividad en los procedimientos en los que haya sido parte”.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que, con posterioridad a estas resoluciones, se ha dictado por el TJUE la sentencia de 26 de enero de 2017, en la que se afirma:

“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.”

Teniendo en cuenta esta doctrina del TJUE, y dado que en el anterior procedimiento judicial no se examinó el eventual carácter abusivo de la cláusula de repercusión de gastos e intereses moratorios, no cabe apreciar ahora cosa juzgada ni preclusión del artículo 400 de la LEC. Y máxime teniendo en cuenta que la pretensión que ahora se ejercita, si bien pudo plantearse en el procedimiento previo, es distinta de la que fue objeto del anterior proceso.

En este sentido podemos citar la SAP Asturias, sección 6, de 27 de enero de 2017:

“SEGUNDO.- Así centrados los términos de la impugnación la cuestión que se plantea la decisión de la Sala no es otra que la de determinar si los preceptos invocados como infringidos, prohíben, como se concluye en la recurrida, la formulación de pretensiones distintas, como indudablemente lo es la articulada en la demanda rectora, en relación a la precedente, al postularse la nulidad de cláusula distinta aunque lo sea de la misma Escritura de Préstamo Hipotecario, en base a unos hechos sustancialmente coincidentes, debido al hecho de que tal pretensión pudo haber sido deducida en el proceso previo seguido entre las partes.

Pues bien en relación al alcance de la cosa juzgada desde el citado principio de preclusión, esta Sala entre otras en su sentencia núm. 376/ 2007, de 8 de octubre ya ha tenido ocasión de señalar que : " En principio el artículo 222 dice que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de la Ley, esto es a la compensación de deudas o nulidad de los contratos que hayan sido invocadas como excepción; a su vez el artículo 400 obliga a la parte a invocar cuantos hechos, fundamentos o títulos puedan sustentar la pretensión ejercitada, sin que pueda reservarse la alegación de alguno o alguno de ellos para un proceso posterior, pues también a ellos se extenderá el efecto de cosa juzgada, como inequívocamente se consigna en el apartado segundo de ese mismo precepto; así pues la literalidad del precepto reconduce en principio el efecto preclusivo a los supuestos de identidad de pretensiones".

En base a ello y a la doctrina jurisprudencial precedente sobre la extensión de la cosa juzgada a las llamadas cuestiones lógicas o prejudiciales y/o complementarias ya concluimos en anteriores resoluciones, entre otras en la sentencia de fecha 19 de mayo de 2008 , que " una cosa es que deban entenderse implícitamente juzgados todos aquellos hechos y fundamentos jurídicos que sirvan de base a la pretensión ejercitada, o a su refutación, y otra bien distinta que el artículo 400 de la LEC obligue además a reunir en el proceso original otras pretensiones diferentes, por mucho que pudieran haberse acumulado todas ellas en el mismo; en efecto, no cabe interpretar aisladamente el párrafo segundo del art. 400 de la LEC desconectándolo del primero porque tal proceder sería contrario a su propia literalidad conforme a la cual el segundo párrafo complementa al primero; así uno establece la obligación de hacer valer cuanto pueda conducir al éxito de la pretensión o de la oposición, y el otro determina la consecuencia jurídica del incumplimiento de ese deber, pero no por ello debe entenderse que cierra la posibilidad a ejercitar posteriormente pretensiones autónomas de la anterior.

Este criterio es además, como se argumenta en el recurso, el que viene siendo mantenido por la jurisprudencia actual del TS. Así la reciente STS de 21 de julio 2016 , razona que "... no puede apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión ahora formulada que no lo fue en el anterior proceso ni tenía el demandante la obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por la propia norma invocada: el artículo 400 LEC . En cuanto, tras transcribir el citado art. se concluye por el Alto Tribunal que " ... la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula". En ese mismo sentido de que " El art. 400 LEC no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado " ya se había pronunciado el propio TS con cita de precedentes, en su sentencia de fecha 19 de noviembre de 2014 .

TERCERO.- Aplicando a este supuesto la doctrina precedente, no puede compartirse el acogimiento que hace la recurrida de esta excepción de cosa juzgada, pues una interpretación del principio de preclusión, establecido en el art. 400 de la LEC , desde la óptica del principio pro actione y el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a distinguir entre hechos y fundamento jurídicos y pretensiones, entendiendo que la prohibición de reiteración alcanza a los primeros y no a estas últimas en supuestos, como el de autos, en que las pretensiones deducidas en procedimiento ulterior no son prejudiciales, accesorias o complementarias de las resueltas en el precedente, sino autónomas e independientes, tan principales como aquella, de modo que aun naciendo de los mismos hechos con relevancia jurídica, si bien ciertamente habría sido posible e incluso aconsejable por puras razones de economía procesal, que la parte las hubiera articulado en el proceso anterior, lo cierto es que no lo hizo y estaba en su derecho de no hacerlo, pues no existe, de acuerdo con la doctrina precitada, obligación de ejercitar en un primer procedimiento todas las acciones o pretensiones de que se disponga contra quien se dirige la demanda, dado que la posibilidad de acumulación tanto objetiva como subjetiva de acciones, regulada en los artículos 71 y 72 de la L.E.Civil , es meramente facultativa y no obligatoria".

Tercero.- Clausula de repercusión de gastos

a) Nulidad de la cláusula

La parte demandante solicita la declaración de nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario, que afirma “Serán a cargo del prestatario cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse, en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la Entidad prestamista, incluso honorarios de Abogado y Procurador aun cuando no sea preceptiva su intervención”. Y a continuación enumera ocho apartados de gastos que son por cuenta del prestatario.

Pues bien, en relación con este tipo de cláusulas señala la STS de 23 de diciembre de 2015:

“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.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación

de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro .

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.

Con arreglo a esta doctrina, la cláusula quinta del préstamo hipotecario que ahora nos ocupa debe ser declarada abusiva, y por tanto nula. Dado que atribuye una serie de gastos al consumidor, contraviniendo normas legales e impidiendo una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos, infringiendo lo dispuesto en los artículos 82.4.c), 86.7 y 89.3 del TRLGCU; así por ejemplo:

- Se atribuyen al prestatario todos los gastos de aranceles notariales y registrales, comprendiendo los de la primera copia de la escritura para la entidad prestamista, cuando es dicha entidad quien tiene interés en obtener esta primera copia que constituye un título ejecutivo.
- Se atribuyen al prestatario todas las costas judiciales derivadas del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, cuando la LEC contiene una regulación expresa sobre el pago de las costas (artículo 394, 569, 571 y concordantes de la LEC)

- Se atribuyen al prestatario los gastos derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad, cuando es la entidad financiera quien tiene interés en la inscripción registral de la hipoteca que garantiza el préstamo

b) Reclamación de 1314,61 euros por gastos indebidamente repercutidos

La parte actora, además de solicitar la declaración de nulidad de la cláusula quinta, reclama 1314,61 euros por gastos indebidamente repercutidos. Y aporta como documento nº 6 la justificación de los gastos satisfechos por los prestatarios en concepto de registro, notario y gestoría.

Tal y como señala la STJUE de 21 de diciembre de 2016, una vez declarada abusiva una cláusula, no puede tener efectos frente al consumidor, y debe restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; esto es, el consumidor tiene derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento suyo en virtud de la cláusula abusiva

Por tanto, el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que preveía la cláusula; pero ello tampoco significa que sea la entidad financiera la que deba abonar la totalidad de dichos gastos. Lo que la demandada debe restituir son los gastos que hubiese tenido que asumir con arreglo al derecho positivo, y de no existir la cláusula que ahora se ha declarado abusiva. Como señala la SAP Asturias, sección "Quiere decirse con ello que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en cada caso respecto al concreto gasto cuyo reintegro se pretende, a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo, como si esa estipulación no existiera, de modo que la nulidad, solo alcanzara al contenido del pacto que pueda modificar el régimen de atribución que el derecho positivo haga de cada gasto, lo que obliga a abordar el enjuiciamiento de la abusividad, no desde la estricta literalidad de la cláusula, considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma en cada caso, de forma que el reintegro de gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían sino que eran de cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida.".

Para resolver esta cuestión deben analizarse por separado cada una de las partidas reclamadas:

- 248,18 euros de gastos de Registro: según la regla octava del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, "*Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho*"; por lo que estos gastos deben ser asumidos por la entidad financiera, dado que la garantía hipotecaria se inscribe a su favor
- 712,43 euros de gastos de notaría: el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios señala en su reclama sexta "*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 fueren varios, a todos ellos solidariamente*". En este caso, tanto los demandantes como la entidad financiera

tienen interés en la intervención del notario en la formalización de la operación ante la fe notarial y en la obtención de copias de la escritura; los actores cuentan con el asesoramiento de un notario que debe velar por el respeto de los derechos de consumidores y usuario (artículo 147 del Reglamento Notarial), y con la fijación en la escritura de una serie de cuantías máximas que no pueden ser rebasadas en el caso de eventual ejecución; y la demandada cuenta con una escritura pública que le permite inscribir su garantía en el Registro de la Propiedad y que constituye título ejecutivo. Por lo que este gasto deberá ser asumido al 50 % entre ambas partes

- 354 euros de gastos de gestoría: la intervención de la gestoría es necesaria para la concesión y formalización del préstamo, en la que ambas partes están interesadas, por lo que al igual que en el caso anterior estos gastos deben ser asumidos por mitad.

Con arreglo a lo expuesto, la demandada debe ser condenada a restituir a los actores **781,39 euros**

Cuarto.- Intereses moratorios

En la cláusula sexta del contrato de préstamo hipotecario se estipula: “*las cantidades vencidas en concepto de amortización y no satisfechas en sus respectivos vencimientos, devengarán, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, de dar por vencido el préstamo, desde la fecha de su vencimiento y hasta su total pago, un interés de demora equivalente al tipo de interés nominal anual que este momento devengue el préstamo, incrementado en seis enteros, liquidable día a día, utilizando el año comercial de 360 días*”

Como recuerda el ATS de 22 de febrero de 2017, las STS de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 fijaron el criterio de considerar abusiva la cláusula de intereses de demora que exceda en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio, en el caso de préstamos hipotecarios concertados con consumidores. Señala el concreto la STS de 3 de junio de 2016:

En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento:

«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

Con arreglo a este criterio jurisprudencial, la cláusula de intereses remuneratorios en el contrato de autos, debe considerarse abusiva y, por tanto, nula

Quinto.- Intereses

Los 781,39 euros objeto de condena devengarán el interés legal del dinero, de conformidad con los artículos 1100, 1101, 1108 y concordantes del Código Civil. Dichos intereses se devengarán desde el 21 de marzo de 2016, fecha de la reclamación extrajudicial de la parte actora (documento 7.1 de la demanda)

Sexto- Costas

En cuanto a las costas, y dado que se estima parcialmente la demanda, no se efectúa especial imposición (artículo 394.2 de la LEC)

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Iñigo Hernández Martín, en nombre y representación de D. Francisco Javier Freire Campo y Dña. María Isabel Gómez López, contra “BANCO CEISS, S.A”, acuerdo:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la cláusula quinta y sexta de la escritura por la que respectivamente se repercuten al prestatario los gastos notariales, registrales y fiscales, y se predispone un interés moratorio correspondiente al remuneratorio incrementado en 6 puntos

SEGUNDO.- Condenar a la demandada al pago de 781,39 euros en concepto de gastos indebidamente repercutidos, incrementados con el interés legal del dinero desde el 21 de marzo de 2016

TERCERO.- No hacer expresa condena en costas

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número ., indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (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 sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a cinco de abril de dos mil diecisiete.