

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

COLEGIO DE PROCURADORES
Recepcionado día anterior
Fecha notificación:
XXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA-SECCIÓN XXXXXXXX

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN ATALA

AVENIDA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
TEL.: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Correo electrónicoXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

**Recurso apelación sentencia acción individual
condiciones generales contratación /
Apelazio-errekurtsoa epaia akzio indibiduala
kontratuetako baldintza orokorrak XXXXXXXX**

- A-UPAD CIVIL

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera
Instancia nº X de Vitoria-Gasteiz - UPAD Civil / Arlo Zibileko
ZULUP - Gasteizko Lehen Auzialdiko 5 zenbakiko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario XXXX (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK
Procuradora/Prokuradorea: XXXXXXXXXXXX
Abogado/AbokatuaXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Recurrido/Errekurritua: XXXXXXXXXXXX
Procurador/ Prokuradorea: XXXXXXXXXXXXXXXX
Abogada/ Abokatua: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. XXXXXXXXXXXXX, Presidente, D. XXXXXXXXXXXXX y D. XXXXXXXXXXXXX, Magistrados, ha dictado el día XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la siguiente

SENTENCIA Nº XXXXXX

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº XXXXXX, procedente del Juzgado de Primera Instancia nºX de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº XXXX, promovido por **KUTXABANK, S.A.**, dirigida por el Letrado D. XXXXXXXXXXXXX y representada por la Procuradora D.ª XXXXXXXXXXXXX, frente a la sentencia nº XXXXX dictada el XXXXXXXX, siendo parte apelada **D. XXXXXXXXXXXXX**, dirigido por la Letrado D.ª XXXXXXXXXXXXX y representado por el Procurador D. XXXXXXXXXXXXX. Ponente: D. XXXXXXXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº X de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº XXXXX cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"Estimo la demanda formulada por XXXXXXXXXXXXX contra Kutxabank SA y, en su virtud,

1. Declaro la no incorporación y nula y no aplicable al préstamo hipotecario suscrito

las siguientes cláusulas de la escritura de constitución de hipoteca referida por la actora en su escrito de demanda.

- Estipulación de la cláusula gastos relacionada en la demanda, en tanto que condición general de contratación de carácter abusiva y contraria a la normativa eliminando citada cláusula de la escritura referidas por parte actora en su escrito de demanda.

2. Condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad de 416.05 euros. A la cantidad objeto de condena se devengarán los intereses descritos en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución.

Con imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de **KUTXABANK, S.A.**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 01-06-21, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones presentado la representación de **D. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha XXXXXXXX se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, y por resolución de fecha XXXXXXXX, se señaló para deliberación, votación y fallo el XXXXXXXX.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes y motivos del recurso.

El XXXXXXXXXX el demandante otorgó escritura de préstamo hipotecario con Caja de Ahorros de Vitoria y Alava (Kutxabank, S.A.).

En la demanda interesa que se declare la nulidad de las cláusulas sobre “gastos” a cargo del prestatario, incluida en la referida escritura, así como que la demandada reintegre las cantidades satisfechas por el demandante en concepto de gastos notariales y registro.

La sentencia de primera instancia estima procedente la demanda. Declara la nulidad por abusiva de la cláusula financiera referida a los gastos. Impone asimismo el reintegro por la demandada de 416'05 euros. Todo ello con intereses y costas.

Frente a la sentencia se alza en apelación Kutxabank, S.A.. Como motivos del recurso hace mención a la prescripción de la acción para reclamar los gastos; a la existencia de un pacto expreso previo sobre los gastos; a la normativa fiscal y sustantiva; al interés de la parte en obtener la financiación hipotecaria; al art. 1303 del Código Civil; y, al derecho comunitario. Por ello, interesa que se desestime la pretensión sobre reintegro de los gastos. Finalmente, impugna la imposición de costas.

SEGUNDO.- Prescripción de la acción para la reclamación de los gastos.

Aun cuando admitiéramos el planteamiento teórico que pasa por deslindar la pretensión ejercitada por la parte prestataria en dos acciones, una declarativa de la nulidad y otra de reclamación de cantidad, sucedería que el dies a quo del plazo de prescripción nunca podría ser el momento de la suscripción del préstamo. La acción de reclamación de cantidad podría ser ejercitable, y el plazo de prescripción comenzaría a transcurrir, conforme prevé el artículo 1969 del Código Civil, desde el momento de la declaración de nulidad. Sin declaración de nulidad no cabe pedir la efectividad del derecho a la devolución de cantidades que nace de la misma. Por lo tanto, la acción no estaría prescrita porque la declaración de nulidad y la condena al pago de cantidad se producen la misma sentencia.

La S.TS. de XXXXXXXXXXXX, recuerda con la cita de la sentencia de XXXXXXXXXXXX, que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de XXXXXXXXXXXX entre muchas otras)

La STJUE de XXXXXXXXXXXX, al hilo de lo resuelto en la de XXXXXXXXXXXX sobre el plazo de prescripción de la acción para la reclamación de los gastos, entre otros pronunciamientos, establece:

1) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva XXXXXXXXCEE del Consejo, de XXXXXXXXXXXX, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse, a la luz del principio de efectividad, en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que sujeta el ejercicio de una acción por un consumidor:

- a efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, a un plazo de prescripción;

- a efectos de la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de tales cláusulas abusivas, a un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento en que dicho plazo empiece a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, de modo que el consumidor podía ignorar, en ese momento, todos los derechos que le reconoce la citada Directiva.

Debe indicarse que la acción ejercitada, y la que ha fundamentado los pronunciamientos de la resolución recurrida, es una acción de nulidad por el carácter abusivo de las cláusulas introducidas en la contratación con consumidores. El éxito de esta acción conduce a la

declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula, artículo 83 TRLGDCU. Por lo tanto, sistemáticamente, la acción de nulidad por el carácter abusivo de una cláusula se encuadra en la institución de la nulidad absoluta, con las consecuencias restitutorias del artículo 1303 CC. Este efecto restitutorio es inherente al pronunciamiento de nulidad y, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, no cabe su separación de la declaración de nulidad, pues la jurisprudencia ha interpretado que la restitución es un efecto derivado por ministerio de la Ley (ex lege) de la declaración de nulidad, STS XXXXXXXXXXXXXXXX:

[...] declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1.303 del Código civil, habiendo declarado la sentencia de XXXXXXXXXXXX que corrobora este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el artículo 1.303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad [...]

Por todo ello, la aplicación independiente del instituto de la prescripción al efecto restitutorio, inherente a la declaración de nulidad por el carácter abusivo de una cláusula, sería contrario al principio de efectividad del Derecho Comunitario, en la medida en que la Directiva XXXXXXXX obliga a los estados miembros a adoptar medidas eficaces para que los consumidores no queden vinculados por cláusulas que sean declaradas abusivas, artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva.

En consecuencia, se debe rechazar asimismo el motivo que afecta a la naturaleza de la acción restitutoria, pues su naturaleza no es indemnizatoria, ni resultado de un enriquecimiento injusto. Este último no entra en juego cuando hay vínculo contractual que delimita las respectivas obligaciones de las partes. TS 1ª, S XXXXXXXXXXXXX, con lo cual y sin perjuicio del alcance o validez de las obligaciones contractuales, y las eventuales consecuencias de la nulidad, el desplazamiento patrimonial tiene causa en el contrato.

TERCERO.- Gastos a cargo del prestatario. Abusividad.

Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia sobre la nulidad por abusiva de la cláusula contractual de autos, debemos confirmar dicho pronunciamiento, en cuanto la abusividad, determinante de la nulidad de la cláusula, deriva de la falta de transparencia en la contratación y la demandada no acredita que la referida cláusula fuera objeto de la correspondiente explicación y negociación previa a la firma del contrato, de tal forma que la prestatarios consumidores llegaran a comprender y admitir con pleno conocimiento las consecuencias y alcance económico de su aplicación. Nulidad reconocida en el escrito de formalización del recurso.

CUARTO.- Efectos de la nulidad sobre los gastos reclamados por el demandante.

La Sala asume en relación con la nulidad de la cláusula sobre gastos la jurisprudencia establecida en las SSTS XXXXXXXX, XXXXXXXXXXXX, XXXXXXXX, XXXXXX y XXXX, todas de 23 de enero.

Conforme a dicha jurisprudencia los gastos registrales son del interés exclusivo de la prestamista, que debe asumir el 100% de los causados con el préstamo hipotecario y los notariales lo son al 50%.

La S.TS. XXXXXXXXXX, confirma la precedente doctrina y aplica el mismo criterio en relación con esos gastos e impone asimismo la devolución de los gastos de tasación.

La normativa europea que refiere la recurrente, Directiva XXXX, transpuesta al ordenamiento interno mediante la Ley XXXXXXXXXXXXXXXX, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en cuyo art. 14 se hace una expresa imputación de los gastos en términos semejantes a lo que venimos aplicando en virtud de la más reciente jurisprudencia.

Por todo ello, el motivo del recurso se desestima.

QUINTO.- Intereses.

La demandada considera que los intereses aplicables a las cantidades que debe reintegrar se devenguen desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

La sentencia de instancia se refiere a los intereses de naturaleza moratoria e impone su devengo desde la fecha del pago de las cantidades que se deben reintegrar.

La razón jurídica que en el supuesto de autos justifica la obligación de pagar intereses no reside estrictamente en la mora, en el sentido regulado por el art. 1100 del Código Civil, sino que son consecuencia de la obligación legal derivada de la nulidad y deducida del art. 1303 del Código Civil, bajo la consideración de que si bien los pagos se hicieron por el demandante a terceros, sin embargo lo fue como consecuencia de la referida cláusula declarada nula y la interpretación de esa norma, en cuanto a las consecuencias de la nulidad, en relación con lo que fue materia del contrato, debe hacerse bajo el mandato deducido del art. 3 de la Directiva XXX CEE de no vinculación, que al decir de la STJUE de XXXXXXXXXX, supone el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula; efecto restitutorio que encuentra apoyo en el referido art. 1303 del Código Civil.

Por tanto, es procedente desestimar este motivo del recurso, en cuanto la imposición de intereses está referida a la fecha de las respectivas facturas, en las que constan los gastos reintegrables.

SEXTO.- Costas.

Sobre las costas de la primera instancia, la recurrente considera que las cuestiones suscitadas con la demanda ofrecían dudas de derecho y por tanto, conforme al art. 394 LEC, no procedería su imposición a la demandada.

En la demanda inicial del proceso se interesó la declaración de la nulidad de las

cláusulas contractuales referidas a los gastos y comisión de apertura. Pretensiones estimadas en la sentencia de primera instancia, con la consiguiente condena al reintegro de las cantidades indebidamente impuestas o pagadas por el prestatario.

Las cuestiones referidas a la nulidad de las cláusula, tienen respuesta en la sentencia de primera instancia fundada en la jurisprudencia que cita, en la que claramente se establecían las circunstancias determinantes de tal nulidad en contratación con consumidores, por tanto, no se puede establecer que existieran serias dudas de derecho en los términos que exige el art. 394 LEC, más teniendo en cuenta que el demandante requirió previamente a la demanda instando el reconocimiento de la nulidad de la cláusula sobre gastos, a lo que ésta se opuso.

Además, se debe tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de pleno XXXXXX, de XXXXXXXXXX, reiterada por otras posteriores, que fundan la imposición de costas en los principios de efectividad del Derecho de la Unión Europea con relación al de no vinculación del consumidor a la cláusula abusiva. Se razona que si el consumidor recurrente, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la "cláusula abusiva", y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos, lo que produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas abusivas sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

La S.TS. de XXXXXXXXXX, ratifica el argumento y establece la procedencia de imponer las costas a la demandada, aunque no se estimen en su integridad las pretensiones económicas.

La desestimación del recurso es causa suficiente para imponer a la recurrente las costas, conforme al art. 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank, S.A. contra la **sentencia nº XXXXXX**, dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº XXXXXX ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. XXXXXX de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia **confirmamos** dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

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 (XXXXXXXXXXXXXXXXX de la LECn).

También podrá interponerse 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 LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art.478.1. 2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si 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 Banco Santander con el número XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. 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 XXXX para recurso de casación, y código XXXX para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo

que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.