ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 BIS TOLEDO

SENTENCIA: 00934/2018

C/ MARQUES DE MEDIGORRIA 2
Teléfono: 925-396020/32, Fax: 925-396033
Equipo/usuario: JSS
Modelo: N04390

N.I.G.: 45168 41 1 2017 0007605
OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001525 /2017
Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. **********
Procurador/a Sr/a. **********
Abogado/a Sr/a. JUAN MANUEL SORIANO GARRIDO, JUAN MANUEL SORIANO GARRIDO
DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
Procurador/a Sr/a. **********
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 934 / 2018

En Toledo, a 16 de julio de 2018.

Vistos por mí, Lorena-África Sánchez Casanova, los presentes autos del Juicio Ordinario en materia de impugnación de condiciones generales registrados con nº 1525/2017, por demanda presentada por Dª **********, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de Dª. **********, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representada por la Procuradora Dña. ********, procedo a dictar la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la demandada, en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dictase sentencia por la que:

-DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula TERCERA bis del préstamo hipotecario con protocolo nº *** (primera hipoteca), referido en el presente escrito,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- Elimine la aplicación del tipo de interés IRPH y del tipo de interés de referencia sustitutivo tipo activo CECA y los sustituya por el interés de referencia EURIBOR aun año, con revisión anual,

- DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula TERCERA bis del préstamo hipotecario con protocolo nº **** (segunda hipoteca), referido en el presente escrito,

- Elimine la aplicación del tipo de interés IRPH y del tipo de interés de referencia sustitutivo tipo activo CECA y los sustituya por el interés de referencia EURIBOR aun año, con revisión anual,

- A estar y pasar por la declaración anterior, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo los contratos su vigencia con las restantes.

- -A devolver a mi mandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio cobrado en los préstamos hipotecarios objeto del presente a partir de la fecha de aplicación del interés variable, en ambos préstamos hipotecarios (primera hipoteca y segunda hipoteca), hasta la efectiva supresión e inaplicación de las cláusulas declaradas nulas,

- DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESCRITA EN EL HECHO NOVENO DEL PRESENTE (primera hipoteca, protocolo nº ****), declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita declaración de abusividad,

- DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESCRITA EN EL HECHO DECIMO DEL PRESENTE (segunda hipoteca, protocolo nº ****), declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita declaración de abusividad,

- CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de MIL CUATROCIENTOS NUEVE EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.409,88 €), por los gastos de constitución de la primera hipoteca,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

- CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de MIL NOVECIENTOS CINCO EUROS CON VEINTITRES CÉNTIMOS (1.905,23 €), por los gastos de constitución de la segunda hipoteca,

- a abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago,

- DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESCRITA EN EL HECHO UN DECIMO DEL PRESENTE (primera hipoteca, protocolo nº ****), declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita declaración de abusividad,

- CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA Y OCHO CÉNTIMOS (469,88€), más los intereses exigibles, por los abonos realizados en concepto de comisión por impago de la primera hipoteca,

- DECLARA ABUSIVA LA CLÁUSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO DESCRITA EN EL HECHO DUODÉCIMO DEL PRESENTE (segunda hipoteca, protocolo nº ****), declare restablecer la situación de hecho y derecho existente antes de la estipulación de la cual se solicita declaración de abusividad,

- CONDENE A LA DEMANDADA al abono a mis representados de la cantidad de MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS EUROS (1.342 €) más los intereses exigibles, por los abonos realizados en concepto de comisión por impago de la segunda hipoteca,

- Imponga las costas a la demandada

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma por escrito, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.

TERCERO.- Celebrada la correspondiente audiencia previa en cuyo seno se depuraron las excepciones procesales planteadas,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

se recibió el pleito a prueba y habiéndose propuesto únicamente prueba documental, quedaron los autos pendientes del dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acciones ejercitadas.

Por la parte demandante se deduce acción al objeto de obtener la declaración de nulidad de varias cláusulas contenidas en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria de 18 de abril de 2001, (escritura otorgada ante el Notario ****), y de 31 de enero de 2006, (escritura otorgada ante el Notario ****).

En concreto, se solicita la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas de ambas escrituras de préstamo:
-cláusula TERCERA BIS: tipo de referencia IRPH, sustitutivo CECA.
-cláusula QUINTA: gastos a cargo del prestatario.
-cláusula CUARTA: de comisiones, en concreto, la comisión por posiciones vencidas e impagadas.

Asimismo, se solicita la devolución de las cantidades abonadas por aplicación de las cláusulas cuya nulidad se interesa.

SEGUNDO.- Conceptos previos.

En primer lugar, se han de fijar los siguientes conceptos antes de entrar a resolver sobre el fondo del asunto:

1.- Carácter de consumidores de los ahora demandantes.

El artículo 3 de TRLGDCU establece *a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

No cabe duda de que en el presente caso Dª. ********** ostenta tal condición, al ser personas físicas que no actúan en ámbito profesional alguno. Destacándose además que no es cuestión controvertida tal condición en relación a la impugnada cláusula tal y como quedó fijado en el acto de Audiencia Previa.

2.- Contrato de hipoteca como contrato de adhesión.

Dice el artículo 1 de la LCGC de 1998 que *son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el *art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU) utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores. Y para conocer el significado de «cláusula no negociada individualmente», hemos de acudir a la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3.2* establece que se considerará que una cláusula no se

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013 establece que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión;

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

El propio Tribunal Supremo, en SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre del mismo año, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras. Añade el Tribunal Supremo, aun en el seno de la sentencia de 9 de mayo de 2013, que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; que tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; y la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2013 reconoce como en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él. En este sentido, la *sentencia 222/2015, de 29 de abril* , indica:

«[Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de *10 de mayo de 2001* , asunto C- 144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados *arts. 4.2* y *5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil* holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada *sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13* /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)».

Igualmente, en la sentencia 166/2014, de 7 de abril, que reafirma la posibilidad de que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. E igualmente en la sentencia 222/2015, de 29 de abril :

«La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo* ».

En atención a lo anterior, en el caso de autos, no puede cuestionarse a priori que las cláusulas objeto de impugnación tengan carácter contractual y que su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores sea facultativa. No existe normativa que imperativamente imponga su inclusión. Tal y como analiza la STS de mayo de 2013, el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1° del Código Civil, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.

Por tanto, concluimos que las cláusulas analizadas sí son una condición general de la contratación. Además, son condiciones no negociadas individualmente y que por tanto han de reunir los requisitos establecidos en el artículo 80 del TRLGDCU. Es decir, estamos ante cláusulas no negociadas individualmente, susceptibles de ser examinadas – como más tarde se analizarán-, para así poder determinar si se trata de una condición abusiva, en los términos y con los efectos del articulo 82 TRLGDCU, pues ya ha sido indicado que estamos ante un consumidor que procedió a la compra de la que resulta su vivienda habitual –documentos 1 y 2-.

3.- Carga de la prueba.

Además de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, en el presente caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 82.2 del Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, el cual expresamente atribuye la carga de la prueba de la negociación y transparencia al empresario que afirma que sí han existido, es decir, a la entidad bancaria demandada. Y así lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que establece que:

"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

TERCERO.- Examen de la estipulación TERCERA BIS. Índice de referencia (IRPH-CAJAS) y sustitutivo (TAR-CECA).

La primera cláusula objeto de impugnación de ambos préstamos hipotecarios es aquella que fija el tipo de interés ordinario del préstamo, en concreto la ESTIPULACIÓN TERCERA BIS, que fija como índice de referencia para la fijación del interés nominal es el tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, de las cajas de ahorro, (IRPH-CAJAS) el cual se publica por el Banco de España. E igualmente fija el tipo de referencia sustitutivo para el caso en que el índice de referencia adoptado, IRPH-CAJAS, no se hubiera publicado, fijando como índice sustitutivo el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro-Indicador Ceca Tipo Activo" (TAR-CECA).

Para lograr la declaración de nulidad de dicha cláusula de ambos préstamo hipotecarios objeto de autos la parte demandante argumenta que se formalizaron ambas escrituras de préstamo hipotecario fijando el interés variable mediante un índice de referencia IRPH, sin que la entidad bancaria le ofreciera otras opciones para referenciar su préstamo hipotecario a un índice objetivo como el Euribor, lo que le produjo un grave desequilibrio contractual en su detrimento. Que no se sometió a los demandantes a un test de idoneidad para acreditar el grado de comprensión del clausulado de los préstamos hipotecarios que iban a suscribir. Que los demandantes carecen de conocimientos de banca, jurídicos o sector inmobiliario y se vieron en la obligación de suscribir ambos préstamos con las condiciones que se contienen si querían adquirir su vivienda habitual, sin ofrecerles otras alternativas de préstamo, y, además, no se dieron las

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

explicaciones oportunas como para que conocieran el alcance o magnitud de los pactos que estaba suscribiendo.

A ello opone la parte demandada que la parte actora fue debidamente informada; que se cumplieron las exigencias y requisitos de la normativa de transparencia vigente; que es un elemento esencial del contrato que fue debidamente negociado; que no genera en contra del principio de buena fe; y que es un índice legal publicado por el banco de España y pactado.

Analizaremos esta cuestión siguiendo por su similitud con el presente caso la reciente Sentencia 669/2017 de 14 de diciembre de 2017.

En dicha sentencia la Sala explica que, frente a los préstamos en los que se pacta un interés fijo, existen también los préstamos con un interés variable, referenciados a un determinado índice, en relación con el precio del dinero (Mibor, Euribor, IRPH) más un margen o diferencial, establecido en términos porcentuales, que se suma o resta al índice de referencia, y examina las diferentes normas que han regulado la utilización del IRPH hasta su desaparición. Así establece que: *"Respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) como tipo de referencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el contrato) habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices:*

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

Y dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE.

En concreto, se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH -Bancos), las cajas de ahorros (IRPH -Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH -Entidades).

El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de dicha transformación, el IRPH -Entidades, a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros."

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Posteriormente, la definición y forma de cálculo del IRPH -Entidades pasó a regularse en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, que ordenó, en su disposición transitoria única, que el IRPH -Cajas y el IRPH -Bancos dejasen de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se formalizasen después de su entrada en vigor (29 de abril de 2012). No obstante, la Orden permitió que, con carácter transitorio, tanto el IRPH -Cajas como el IRPH -Bancos se siguieran publicando y considerando aptos, a todos los efectos, respecto de los préstamos a interés variable que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden, los vinieran ya utilizando para la revisión de su tipo de interés.

La desaparición definitiva del IRPH -Cajas y del IRPH -Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH -Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario. (En nuestro caso el IRPH-ENTIDADES)

Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

En particular, el art. 6 de la OM de 5 de mayo de 1994 establecía lo siguiente en sus apartados 2 y 3 respecto de los tipos de interés variable: «2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden.» A su vez, la cláusula 3 bis del anexo II de la Orden establecía:

«3. bis. Tipo de interés variable.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1. Definición del tipo de interés aplicable.-Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto. El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.»"

En el caso de autos, el préstamo fue referenciado al índice IRPH-CAJAS, definido legalmente, por lo que no corresponde al control de la jurisdicción civil conocer si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración. Por tanto, el IRPH como tal no puede ser objeto de control de transparencia. Así lo determinan tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, ya que 4 de la LCGC y y el art. 1.2 de la Directiva 93/12 excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora.

Así pues, con base en el criterio anterior, debe desestimarse la alegación de la parte demandante consistente en que la entidad podía influir en la fijación del índice de referencia, al ser éste elaborado por el Banco de España y constituir una media de la totalidad de los préstamos concedidos, ya que se trata de un hecho cuya fiscalización corresponde a los órganos reguladores de la administración pública, criterio compartido por la mayor parte de Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo.

Ahora bien, el hecho de que no pueda controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

administrativa supletoria no implica que no pueda controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo, es decir, afecta a un elemento esencial del contrato que incide en la determinación del precio.

En el caso de autos, el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-CAJAS. En primer lugar ha de destacarse que la cláusula supera el control de inclusión por cuanto que desde el punto de vista gramatical es clara y comprensible, ubicada dentro del epígrafe *"B) índice de Referencia Adoptado"* y no se encuentra ubicada entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quede enmascarada y que diluyan la atención del consumidor, de forma que permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España.

En cuanto al control de transparencia propiamente dicho se alega por la parte actora que las escrituras de préstamo hipotecario se formalizaron sin su participación en cuanto a la elección del índice de referencia, alegando que no se les ofreció otras opciones que permitieran comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, ni se les permitió escoger otro referencial como Euribor o un tipo fijo, sin embargo tales controles, en línea con la meritada Sentencia de nuestro alto Tribunal no eran exigibles. De esta forma continúa diciendo la STS 669/2017 que:

"En la antes citada sentencia 367/2017, de 8 de junio , así como en la 593/2017, de 7 de noviembre , definimos el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir: «4.- [..a]demás del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

»5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

En las sentencias del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo , y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14), nos hemos referido a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados."

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Por tanto para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-CAJAS) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable, y en el presenten caso dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las Cajas de Ahorro que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, (como también afirma STS 669/2017) conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos de información que plantea la parte actora y en línea con esta afirmación señala la Sentencia objeto de análisis que:

"*Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa:*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor".

A mayor abundamiento cabe señalar que es irrelevante que el consumidor conociera o no la forma de cálculo del tipo de interés de referencia, pues probablemente tampoco habría estado capacitado para conocer la forma en que se elabora cualquier otro tipo de referencia, no siendo ello necesario para conocer los términos del contrato. Pero, además, se expone en la demanda que no se le ofreció como índice de referencia el EURIBOR, siendo un índice más beneficioso para el consumidor que el IRPH. Sin embargo, tal dato, al tiempo de celebración del contrato no podía ser conocido por la entidad demandada.

Cabe añadir que no es aplicable la doctrina sentada en relación a las cláusula suelo, pues en el caso del IRPH, éste constituye un elemento esencial del mismo como es el precio, a diferencia de lo que ocurre con las mencionadas cláusulas suelo, que suponen una variación sorpresiva del mencionado elemento esencial: *"Como dice la SAP Barcelona, sección 15, 306/2016, de 20 de diciembre , "las denominadas "cláusulas suelo" forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato pero no determinan directamente el precio, como si ocurre en el caso del índice de referencia (en este caso el IRPH de las Cajas) y del diferencial (el 0,1%). La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y por ello, en caso de inclusión precisa de un plus de información que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio. La distinción es*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

relevante para realizar el control de transparencia, que será distinto según tenga por objeto una cláusula que fija el precio respecto de otros casos donde, como ocurre con los límites a la variabilidad de los tipos de interés, (cláusula suelo) pueden incidir en el precio. Ello impide una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y permite en este caso la valoración de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance Es realmente impensable que, en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria, máxime si los actores no encontraban financiación al 100% de la suma reclamada, hasta concertar el presente contrato con la entidad demandada, que no se representaran las obligaciones de devolver el capital con la satisfacción de un interés, como resulta de elementales máximas de experiencia al constituir un hecho realmente notorio. En este caso, se pactó que, tras un periodo de tiempo a un interés predeterminado, operase un interés variable, utilizando como tipo de referencia los IRPH expresamente pactados, más un porcentaje adicional del 0,65 puntos, que, en modo alguno, son contrarios a la Ley, sino expresamente admitidos y publicados en el B.O.E. por el propio Banco de España. No podemos, por consiguiente, identificar los IRPH con las cláusulas suelo que el consumidor pudiera desconocer, por su falta de transparencia. Mediante la predisposición de un suelo puede quedar difuminada y pasar inadvertida la principal obligación del deudor, al establecer un tipo mínimo, que opera sobre la contraprestación principal pactada, convirtiendo un préstamo a interés variable en fijo, susceptible de ser modificado únicamente al alza, en el que el deber de transparencia se alzaprima. Es, por consiguiente, inadmisible, que tan trascendental condición contractual, quede desdibujada, ocupando un lugar secundario o subordinado en el préstamo concertado, pese a su incidencia directa sobre el precio, que conforma la prestación principal del deudor, y sin que se trate además de un elemento esencial del contrato, como sí lo es el tipo de interés pactado en un préstamo, al referirse a

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

la obligación principal del prestatario de devolver el capital con sus intereses, determinantes de la onerosidad del contrato que, en otro caso, sería meramente gratuito. (…) ". SAP A Coruña de 25 de abril de 2017.

Todo lo anterior supone que haya de desestimarse la pretensión de nulidad de la cláusula contractual tercera bis, de los préstamos hipotecarios objeto de las presentes tanto del índice de referencia adoptado como, por los mismos argumentos, del índice de referencia sustitutivo, y en consecuencia asimismo desestimar la pretensión de restitución de las cantidades abonadas en virtud de dicha cláusula.

CUARTO.- Examen de la cláusula Quinta. Gastos

Solicita asimismo la parte actora se declare la nulidad de la cláusula quinta de ambas escrituras de préstamo hipotecario objeto de autos, por cuanto imponen al acreditado/prestatario el pago de todos los gastos e impuestos de la cuenta de crédito y del otorgamiento de la escritura.

En relación a tales gastos establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 23 de diciembre de 2015): *"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 2°), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3°). 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. 89.3.3° letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3° 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*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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.

E igualmente el Tribunal Supremo, en la reciente sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018, viene a declarar la abusividad de aquellas cláusulas que imponen al consumidor todos los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de la adquisición de una vivienda, reiterando la doctrina ya sentada en las sentencias 550/2000, de 1 de junio, 842/2011, de 25 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre.

Basta una simple lectura de las cláusulas de gastos cuya nulidad se solicita para apreciar lo genérico e indeterminado de los gastos que se imponen al prestatario, lo que supone que, en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia de Tribunal Supremo anteriormente transcrita, teniendo en cuenta la condición de consumidores de la parte demandante, sea suficiente para declarar la nulidad de la estipulación quinta de ambos contratos de préstamo hipotecario formalizados en las escrituras objeto de las presentes.

Es indiferente que, como alega la parte demandada, los demandantes conocieran la cláusula con anterioridad a la firma de la escritura de préstamo, pues en el presente caso es el desequilibrio de prestaciones entre las partes y la imposición del abono de gastos al consumidor, no obligado legalmente a abonarlos, lo que determina la abusividad y, en consecuencia, la declaración de nulidad de la cláusula.

Cuestión distinta es la relativa a la determinación de los efectos de dicha declaración de nulidad en relación con los gastos y tributos abonados por la parte actora, de acuerdo con las facturas y liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados aportados como documental de la demanda.

En primer lugar por lo que concierne a los gastos notariales , el artículo 63 del Reglamento del Notariado establece que la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial. El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su Anexo II, la norma sexta 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 fueren varios, a todos ellos solidariamente".

En este sentido, es conveniente matizar que no nos encontramos ante la existencia de un único negocio, sino que dicha unidad se rompa a favor de considerar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. Así, tal distinción resulta relevante a efectos de determinar qué gastos se derivan de cada uno de estos negocios, y a quién le corresponde su pago. Esta línea argumental es la que ha seguido la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 de 6 de julio de 2017 que establece que, las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.2°), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de la responsabilidad.

Así, por tanto, cuestión indispensable resulta determinar quién debe considerarse el requirente a efectos del pago de los gastos del notario, para lo cual, deberemos estar a lo dispuesto en el RD 1426/1989. De acuerdo con el artículo 147 III , es el banco quien presenta la minuta para que sea redactada por el notario, de acuerdo con el Reglamento notarial. Asimismo, el concepto de interesado en los términos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

del RD 1426/1989 es la propia entidad bancaria puesto que la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario no requiere de escritura pública (1258CC), y sobre la base de que la constitución de la hipoteca -motivo por el que se formaliza escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la propiedad (con sus gastos)-, a quien beneficia es al prestamista. Ello porque le permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3°CC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1° Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado), sino también de acuerdo con las normas fiscales, de acuerdo con la interpretación de la Sala Primera del TS que sigue la línea jurisprudencial de la sala tercera que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo adquirente y no interesado.

Es por todo lo expuesto, que debe considerarse como obligado al pago de los gastos notariales la entidad demandada.

En segundo lugar, con respecto a los gastos registrales , el RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava que, los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos 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 , se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten.

Quien hace la solicitud de inscripción en el registro de la Propiedad es el Banco, siendo por tanto este, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Así, de acuerdo con estos argumentos, 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. Este es además el criterio que ha seguido el alto tribunal en la STS 705/2015, antes transcrita en lo que aquí interesa, que establece que 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 (art. 517 LEC), constituye la garantía real (Arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

Siguiendo el argumento de la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 , lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial .

Por lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada.

En consecuencia, las cláusulas discutidas relativas a los gastos notariales y registrales, no solo no permiten 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 pude 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).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Así, dicha cláusula aparece expresamente prevista en la ley como abusiva, y concretamente recogida en el art. 89.3 TRLCU que establece que será nula " la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" .

En tercer lugar, respecto de los gastos de gestión satisfechos por la actora, si bien es cierto que se trata del pago de la prestación de un servicio que interesa por igual a ambas partes para realizar las gestiones necesarias en orden a la constitución del préstamo hipotecario, no debe olvidarse que, como tal, su contratación debe ser voluntaria para el consumidor y que en ningún caso puede admitirse como válida su imposición por el empresario o profesional. En este sentido, el artículo 85.5 TRLGDCU 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, 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, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo (...)."

En el presente caso, no se ha aportado prueba alguna relativa a la previa información a los consumidores, dada de forma clara y separada, de su derecho a designar conjuntamente a la

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

empresa de gestoría o bien de rechazar la contratación de este servicio, con lo que, de acuerdo con los artículos 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU y 217.3 LEC 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 gestoría, cuya contratación, elegida por ella misma, impuso a los consumidores.

Por último, en lo que concierne a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, las cláusulas impugnadas imponen al prestatario la obligación de sufragar el pago de los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo. Esta redacción genérica de dichas cláusulas que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y tributos sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, la hace merecedora -prima facie -, de la condición de abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 c) TRLCGU (ut supra). Este precepto resultaría aplicable al presente supuesto aun cuanto el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala la STS 705/2015, "la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización de este precepto es acertada".
A efectos de determinar la validez o en su caso la posible nulidad de dicha cláusula que impone al prestatario el pago de los tributos, cuestión indispensable resulta analizar a la luz de la normativa legal y reglamentaria quién es el sujeto pasivo que ha de soportar el pago de tales conceptos.
En este sentido, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados dispone en su título II en relación con las transmisiones patrimoniales , que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrato, (a) en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere, (c) en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto, (d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

prestatario. En estos mismos términos se pronuncia el artículo 34 del RD 828/1995 de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos documentados. Por su parte, el art. 15.1 dispone que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

En relación con los actos jurídicos documentados , el artículo 27 del TRTPAJD, así como el art. 66 del RD 828/2995 , disponen que se sujetan a gravamen (...) los documentos notariales. En cuanto al sujeto pasivo del pago, el artículo 29 del TRTPAJD establece que, será obligado al pago el adquirente del bien o derecho en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquéllos en cuyo interés se expidan.

Por su parte, el RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados señala que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Sentadas estas premisas, hemos de tener en cuenta que la parte actora solicita la declaración de nulidad de dichas cláusulas por considerarlas abusivas. Conforme ha señalado la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el alcance de la declaración de nulidad comporta, la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que según la normativa vigente correspondiera asumir al empresario así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva.

Sin embargo, nos encontramos con normas relativas a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos documentados que tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de la infracción, máxime teniendo en cuenta los arts. 89.3 y 82 TRLGCU.

El fin último de la institución de la nulidad es el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho inmediatamente anterior mediante la restitución recíproca de lo que hubiere sido materia del contrato. En este caso en

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

concreto, y al amparo de la normativa legal y reglamentaria, no procedería la devolución de las cantidades pagadas por el prestatario, toda vez que se trata de una obligación tributaria con base legal prevista tanto en el del TRTPAJD como en el RD 828/2017 por lo que su restitución por parte de la entidad bancaria al prestatario no restablecería una situación de hecho y de derecho anterior, sino que comportaría la creación de una situación de enriquecimiento injusto, suponiendo así una ataque directo y manifiesto a la propia institución de la nulidad y los efectos que de la misma debieran derivarse, suponiendo una omisión manifiesta de los principios de equidad y equilibrio que han de presidir la institución de nulidad, lo cual únicamente podría salvaguardarse mediante la aplicación de la normativa legal.

Por ello, no procede la devolución por parte de la entidad financiera al consumidor, toda vez que dichos tributos se han ha pagado por quien según la norma que rige el impuesto, que es imperativa, correspondía. Este criterio es seguido asimismo por la SAP 152/2017 de Pontevedra al señalar que, no es este un efecto incongruente con la nulidad de la cláusula, ni con la prohibición de integración del contrato o el también llamado por el TJUE el "efecto disuasorio" de la Directiva 93/13/CEE, puesto que la expulsión del contrato de la cláusula de gatos no implica sino actuar como si la misma no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir, es obvio que el impuesto de TPyAJD, lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda Pública.

Item además, al contrario de otro tipo de cláusulas en las que solo se ven afectados las partes que suscriben el contrato, prestamista y prestatario, la nulidad de alguna de ellas provoca a fortiori la devolución de prestaciones entre ellos ex art. 1303 CC ; sin embargo, cuando interviene un tercero -en este caso la Hacienda Pública-, cuya actividad o derecho de percepción del impuesto está regulada por el legislador, solo procederá la devolución de lo pagado cuando efectivamente se haya realizado indebidamente, esto es, por quien no corresponde y a quien abusivamente se ha impuesto.

A mayor abundamiento, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acude también al RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que determina en su art. 34 el contribuyente obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, con idéntico contenido al del art. 8 de la Ley. Es en la regulación del impuesto sobre los actos jurídicos documentados donde se observa una regulación diferente a la contenida en la Ley. En concreto, el art. 68 indica, al igual que la norma legal que " Será sujeto pasivo 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. Pero el Reglamento añade el siguiente inciso: "Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

Este último inciso del Reglamento especifica quién debe tenerse por persona que insta, solicita o a cuyo favor se expide el documento notarial, indicando que en la constitución de préstamo se considera como tal al prestatario, que adquiere así la cualidad de contribuyente en este impuesto de actos jurídicos documentados. Si la disposición contenida en el Reglamento contraviniera lo dispuesto en la Ley, el juez, en cumplimiento del control sobre la potestad reglamentaria que tiene atribuido, debería inaplicar aquella norma por contravención de la superior. Sin embargo, no existe una consideración de que el art. 68 del RD 828/1995 (Reglamento del Impuesto) vaya en contra de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley sino que, por el contrario y de acuerdo con su naturaleza reglamentaria, especifica y detalla la regulación contenida en la norma de rango superior. Conclusión que se corresponde plenamente con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a propósito del sujeto pasivo del impuesto.

Todo este razonamiento viene corroborado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que, en relación con el Impuesto establece: *"1.- Decíamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , en lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, que el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITPAJD) dispone*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

que estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la «constitución de derechos reales», aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c); y en la «constitución de préstamos de cualquier naturaleza», el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 LITPAJD señala que la «constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo», tributaran exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo.

A su vez, el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales en que se recoge el préstamo, 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, dijimos en la mencionada sentencia, la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso 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 expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda.

2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

8 LITPAJD , a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario."

Por todo expuesto, al no encontrarnos en el caso previsto en el art. 89.3 3ª c) del TRLGCU puesto que no se obliga al consumidor a hacer frente a gastos que le corresponderían al empresario, sino que, se trata de un inciso que únicamente recoge normativa legal y reglamentaria a cargo del prestatario, no cabe apreciar ningún tipo de abusividad o de desequilibrio entre las partes que permita la declaración de dicha cláusula como abusiva.

-Efectos.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos anteriormente citadas recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto, mediante la sentencia de 17 de marzo de 2016, una cuestión prejudicial planteada en relación a la adecuación del derecho nacional, fundamentalmente el artículo 693 LEC, a los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Directiva 93/13. Hay que destacar la argumentación del TJUE relativa a los párrafos 34 a 37 establece que la consecuencia de la abusividad de la cláusula es que esta es nula y no vincula al consumidor por el que el juez tiene que derivar todos los efectos que la nulidad establezca según el derecho nacional con objeto de evitar que la cláusula cause efectos perjudiciales al consumidor. Además, el TJUE recuerda que la cláusula no se puede integrar o sustituir por una previsión de derecho nacional puesto que esta facultad sólo está reservada para los casos en que la nulidad de la cláusula comportase la inexistencia del consumidor o se derivarían efectos perjudiciales: "Por lo que respecta a las consecuencias que deban extraerse caso de que el juez considero abusivas cláusulas contractuales como las que constituyen el objeto del litigio principal, debe señalarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 impone expresamente a los Estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor».

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que aprecian el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que estas cláusulas vinculen al consumidor. En efecto, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes miedo un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63.

Habida cuenta de la redacción de la segunda parte de la frase del citado artículo 6, apartado 1, según la cual el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si puede subsistir «sin las cláusulas abusivas», el Tribunal de Justicia consideró que esta disposición no puede entenderse en el sentido de que permite al juez nacional, en el supuesto de que éste constato la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, modificar el contenido de la misma (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 71.
En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 27 y 28).”

Por tanto, la declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses . Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo. De la misma forma que el examen de la posible abusividad de las cláusulas contractuales debe llevarse a cabo de oficio por el órgano judicial, las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, en cuanto derivadas de la Ley, han de ser también aplicadas por el órgano judicial, con independencia que en el suplico de la demanda se haya formulado o no reclamación de cantidad por este concepto.

En este caso, de acuerdo con la documental aportada por la actora, la parte demandante abonó:

*Escritura de préstamo hipotecario de fecha 18 de abril de 2001:

- 808,66 €, en concepto de pago del Impuesto de Actos Jurídicos documentados, por el protocolo notarial nº 1177/2001.
- 149,02 €, por la inscripción de la primera hipoteca (protocolo notarial nº 1177 /2001).
- 452,20 €, en concepto de pago de gestoría.

*Escritura de préstamo hipotecario de fecha 31 de enero de 2006:

- 1128,48 €, en concepto de pago del Impuesto de Actos Jurídicos documentados, por el protocolonotarial nº 403 /2006.
- 183,93 €, por la inscripción de la primera hipoteca (protocolo notarial nº 403/2006).
- 186,13 €, en concepto de pago de gestoría.
- 406,69 €, en concepto de pago de la notaría

En consecuencia, procede condenar al Banco a la devolución de las cantidades reclamadas por gastos de Notario, Registro y Gestoría, siendo improcedente la reclamación del importe

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

correspondiente a AJD conforme a lo argumentado en los ordinales precedentes.

Por tanto, debe reintegrarse a la parte actora la cantidad de 1.377,97 euros.

QUINTO.- Examen de la Cláusula Cuarta. Comisión por Posiciones Deudoras Vencidas.

Por último, solicita la parte actora se declare la nulidad de la cláusula cuarta de ambos contratos de préstamo hipotecario, en el apartado correspondiente a la comisión por impago, la cual se establece de 6,91 euros por cada recibo impagado, en el primer préstamo de 18 de abril de 2001, y de 22,00 euros por cada recibo impagado en el segundo préstamo de 31 de enero de 2006.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, puede citarse, entre otras, la establecida por la Audiencia Provincial de Toledo, en Sentencia de 1 de junio de 2017, que dispone que: "*(…)fijar un importe por posición deudora sin acreditar devengo o gasto alguno para su reclamación que ampararía o justificaría el cargo equivale a una conducta claramente abusiva que debe conllevar su declaración de nulidad y extraerla del contrato y de la reclamación sin necesidad de ir más allá en su argumento que entender una clara ruptura en el equilibrio que une un cargo a una actividad de reclamación extrajudicial que no se acredita*". En la misma línea, la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que en relación con la cláusula examinada, la de reclamación por posiciones deudoras, en la Sentencia de 21 marzo 2017, establece: "*es un pacto sobre el que la Sala ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones para mantener su abusividad, en síntesis, por cuanto duplica la finalidad de los intereses moratorios; pudiendo añadirse aquí que ya la Circular 8/1990 del Banco de España, decía literalmente que " Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados". Se remite la Sala a los argumentos de la sentencia apelada que concluye la abusividad de este pacto, que aquí se mantiene." En el mismo sentido la*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SAP de Ciudad Real de 13 febrero 2017: Sobre la Nulidad de las comisiones por posiciones deudoras.- Efectivamente vulnera las previsiones de la Circular 8/1990 del Banco de España, y no responde a un gasto efectivamente hecho; ha tenido incidencia en la liquidación de la deuda, por lo que se declara su nulidad, con la consecuencia de tenerla por no puesta." Por último, debe citarse, entre otras muchas en este sentido, la SAP Ciudad Real 25 de enero de 2017: "No nos cabe duda alguna de que las comisiones de reclamación, son nulas por abusivas al no responder más que los intereses del banco , como así se pronuncia una más que abundantísima jurisprudencia. Buena muestra de ello la Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de Septiembre de 2016 (ROJ: SAP M 12968/2016 - ECLI:ES:APM:2016:12968)."

32. Se introduce una prestación a cargo del cliente sin especificar las razones a las que obedece, en función del coste generado para la entidad, se produce un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y por ello se declara su abusividad. No se informa sobre el coste de actuación concreta alguna que se pueda desarrollar si el cliente incurre en posición deudora sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la entidad puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar una requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que el banco deba afrontar. 33. Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora."

Siguiendo el criterio jurisprudencial anterior, debe declararse la nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras, al suponer un desequilibrio en las obligaciones de las partes en perjuicio

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

del consumidor, puesto que la finalidad de la mencionada comisión duplica de los intereses de demora.

En este sentido, cabe citar la SAP de Asturias de 28 de julio de 2017: *"El art. 87.5 LGDCU es de aplicación porque, como expone la sentencia (JUR 2.016, 163.340) y se ha explicado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, no hay servicio o gasto que se preste al cliente. Cuando Kutxabank dispone el cobro de una comisión por reclamación de posiciones deudoras con cargo al cliente, percibe una cantidad por un servicio inexistente, que se presta a sí misma, por ser propio de su objeto social. 46.- La falta de reciprocidad es descrita certeramente en la recurrida. Las reclamaciones al banco no generan una indemnización correlativa a favor del cliente. Además, pese a lo que asegura en el recurso, pueden surgir incidencias que hagan factible esas reclamaciones, como cargos indebidos, gastos que no corresponden o falta de atención de la obligación de facilitar crédito hasta el límite concedido. Todo ello supone apartar las consideraciones que justifican este apartado del segundo motivo del recurso."*

Por último, establece la SAP de Barcelona de 26 de mayo de 2017: *"Aun cuando la comisión de 30,05 € está prevista "en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas", es lo cierto que no se vincula a la efectiva reclamación que haya hecho o deba hacer el banco, ni por lo tanto a gastos de gestión precalculados en que el banco pueda incurrir, puesto que su devengo se produce "en cada situación que la parte prestataria mantenga obligación/es de pago/s incumplida/s y que se cobrará cuando la parte prestataria regularice voluntariamente la situación de mora o conjuntamente con la primera liquidación de intereses ordinarios que se produzca con posterioridad". No discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. 50. Tal como está redactada, desvinculada de cualquier servicio o gestión que la entidad financiera deba realizar y que justifique la comisión, la cláusula encaja en la previsión del apartado 6 del artículo 85 de la LGDCDU, que reputa abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario las cláusulas que supongan la*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones."

Todo lo anterior supone que deba declararse la nulidad de la cláusula objeto del presente fundamento de derecho, de acuerdo con el artículo 85.6 de la LGDCU, pues tal y como está redactada la cláusula en ambos préstamo hipotecarios objeto de autos, no se vincula el cobro de la comisión a la efectiva reclamación que haya hecho o deba hacer el banco, ni por lo tanto, a gastos de gestión en que el banco pueda incurrir, lo que unido al hecho, expuesto anteriormente, de que dicha comisión reitera la finalidad de los intereses de demora, supone un desequilibrio injustificado de prestaciones a favor de la entidad bancaria y en perjuicio del consumidor, por lo que no habiéndose acreditado por la entidad bancaria que se trate de una cláusula negociada, procede su declaración de abusividad y la consecuente reintegración por la entidad demandada a la parte actora de las cantidades abonadas por este concepto.

En el presente caso, al tenor de la documental que se acompaña con la demanda, así como la aportada por la parte actora en el acto de Audiencia Previa, consta probado que la referida cláusula se ha aplicado en ambos préstamos. En cuanto al importe abonado en aplicación de tal cláusula, dicho importe se cuantificada en el escrito de demanda en 469,88 euros por aplicación de la cláusula declarada nula del préstamo hipotecario de 18 de abril de 2001 (doc. Nº 5 de la demanda) y en 1.342 euros por aplicación de la referida cláusula del préstamo hipotecario de 31 de enero de 2006, lo que suma un total de 1.811,88 euros, debiendo tenerse por correcta dicha cuantificación, conforme a los recibos aportados. Dichas cantidades deberán incrementarse con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

SEXTO.- Costas.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

De acuerdo con el artículo 394 de la LEC, siendo parcial la estimación de la demanda, no procede hacer especial pronunciamiento en costas.

Vistos los anteriores preceptos y demás de general y procedente aplicación,

FALLO

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª **********, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de Dª. **********, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representada por la Procuradora Dña. *******, por lo que:

-NO HA LUGAR A DECLARAR la nulidad de la cláusula Tercera Bis, tipo de referencia IRPH y sustitutivo CECA contenidas en los préstamos hipotecarios de fecha 18 de abril de 2001 (protocolo nº ***) y 31 de enero de 2006 (protocolo nº ***) que son objeto de autos, y consecuentemente, no ha lugar a la condena solicitada de devolución de cantidades resultantes del cobro de intereses en aplicación de dichas cláusulas.

-DECLARO LA NULIDAD la cláusula Quinta, Gastos a cargo del prestatario, contenidas en los préstamos hipotecarios de fecha 18 de abril de 2001 (protocolo nº ***) y 31 de enero de 2006 (protocolo nº ***) que son objeto de autos, y en consecuencia:

-CONDENO a la entidad demandada, a estar y pasar por la anterior declaración, teniendo por no puestas las cláusulas en cuestión, debiendo eliminarlas de los contratos de préstamo hipotecario suscritos entre las partes.

-CONDENO a la entidad demandada como efecto restitutorio de la declaración de nulidad de las cláusulas de gastos, a abonar a la parte actora la cantidad de 1.377,97 euros,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

más los intereses legales devengados desde el momento en el que se efectuó su pago.

-DECLARO LA NULIDAD la cláusula Cuarta, en concreto, la comisión por posiciones vencidas e impagadas, contenidas en los préstamos hipotecarios de fecha 18 de abril de 2001 (protocolo nº ***) y 31 de enero de 2006 (protocolo nº ***), que son objeto de autos, y en consecuencia:

-CONDENO a la entidad demandada, a estar y pasar por la anterior declaración, teniendo por no puestas las cláusulas en cuestión, debiendo eliminarlas de los contratos de préstamo hipotecario suscritos entre las partes.

-CONDENO a la entidad demandada como efecto restitutorio de la declaración de nulidad de las cláusulas de comisión por posiciones deudoras vencidas, a abonar a la parte actora la cantidad de 1.811,88 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro..

No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Modo de impugnación.- Notifíquese esta sentencia a las partes, con expresa prevención de que la misma no es firme, cabiendo contra ella recurso de apelación, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de 20 días contados desde el siguiente a su efectiva notificación, siendo resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso.