

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA No 5 BIS DE ALICANTE

Procedimiento: Procedimiento Ordinario

S E N T E N C I

En Alicante, a 13 de mayo de 2019.

José Ma Aparicio Boluda, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario xxxx contra la mercantil **zzzz** compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedidos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda

TERCERO.- Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados.

Habiéndose admitido tan sólo la documental, quedaron los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES

Es objeto del presente procedimiento el análisis de determinadas cláusulas que afectan a diversas escrituras:

- 1) escritura de **12-4-2005**, solicitando la nulidad de la cláusula suelo, de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, cláusula gastos, interés de demora y vencimiento anticipado
- 2) escritura de **11-7-2006**, de compraventa con subrogación y novación, solicita la nulidad de la cláusula suelo.

3) escritura de **13-5-2010**, solicita la nulidad de la cláusula relativa a los gastos (sexta)

4) se solicita la nulidad de la escritura de **novación modificativa de 12-12- 13**, o subsidiariamente, el pacto 1o.

Se da por reproducida la contestación a la demanda.

Se alega por la parte demandada que la escritura de novación de 12- 12-13 tiene el carácter de transacción.

En este sentido seguiremos **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4-7-2018 sección 8a Ponente Sr. Guadalupe Fores.**

La STS Pleno número 205/18, de fecha 11 de abril indica que *“partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad . Como recuerda la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre , el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los elementos fundamentales de la transacción, conforme al art. 1809 CC . En este caso, existía una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia, sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, esta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas, y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.*

Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacciones preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario”.

En nuestro caso, considero que el acuerdo firmado por las partes no cumplen el correspondiente filtro de transparencia por los siguientes motivos:

1) La *STS de 16 de octubre de 2017* dice: " Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno

derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan). "

Significa, pues, que no es posible la novación posterior del contrato aún cuando incluyera una renuncia al ejercicio posterior de acciones porque la nulidad absoluta de la cláusula suelo impide la novación posterior de la misma de conformidad con lo previsto en el *artículo 1.208 del Código civil* ya que esa nulidad es apreciable de oficio y no permite tampoco su convalidación posterior.

2) En segundo lugar, el apartado 52 de la STJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto *C-40/08*) declara que el *artículo 6 de la Directiva 93/13*, en cuanto reconoce la no vinculación de las cláusulas abusivas, debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. En consecuencia, no es posible un pacto de *non petendum* que vulnere el límite a la autonomía privada que imponen las normas de orden público según el *artículo 1.255 del Código civil*.

3) En tercer lugar, el *artículo 10 TRLGDCU* declara la *irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor; en especial, el previsto en el artículo 8.f) de la referida Ley*: "La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión."

4) **En nuestro caso, a la fecha de la firma del referido documento aún no se había dictado la STJUE de 21 de diciembre de 2016** que declara la inexistencia de límite temporal respecto de la restitución de las cantidades percibidas por la entidad financiera en virtud de la nulidad de la cláusula suelo por abusiva.

5) En el caso de autos, por la forma en que vienen redactados los documentos, se deriva su predisposición por parte de la entidad bancaria.

No se acompaña una información adecuada sobre las consecuencias económicas de la novación establecida, se limita simplemente a rebajar la cláusula suelo; pero no indica, cuanto menos, información sobre las cantidades abonadas de más durante la vida del préstamo, no ofrece ninguna cantidad a compensar o cuanto menos no se estipula una cantidad, en la que con pleno conocimiento por el cliente, éste ante las condiciones ofrecidas por la entidad bancaria, renuncie a dicho cobro.

Así no podemos pasar por alto que, en el presente caso y a diferencia también de lo resuelto por la Sección 8a en su sentencia 254/2018, se contemplaba la eliminación de la cláusula suelo y una

compensación de 2000 euros.

Y todo ello sin que se haya justificado debidamente por la entidad que, con los sólo escritos presentados y/o suscritos por la actora, ésta adquiriera pleno conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas de la modificación propuesta y aceptada. El cumplimiento de los deberes de transparencia no puede entenderse debidamente acreditado con estos documentos, que no superan, como tampoco lo hacía la propia cláusula cuestionada de la escritura de préstamo hipotecario que después analizaremos, el exigente test de transparencia que debe efectuarse, pues de los mismos no se desprenden elementos suficientes para poder concluir que la actora comprendiera en el momento de su suscripción la verdadera dimensión económica de lo establecido en ellos.

6) A mayor abundamiento también citaremos **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 17-5-2018 sección 1a** que afirma *“En el presente caso, con fecha de 2 de marzo de 2015 (documento dos de la demanda y documento uno de la contestación) se acordó por las partes que la cláusula sólo permanece en vigor sin otras modificaciones que las practicadas en la presente escritura, de modo que el resto del contrato de préstamo con garantía hipotecaria referido sigue vigente. Las modificaciones establecidas en ningún caso se consideran como novaciones del contrato de préstamo, sino como novaciones modificativas. En la cláusula quinta se recoge que el prestatario dice conocer haber negociado y aceptado las cláusulas del mismo así como conocer los efectos de establecimiento de un tipo fijo como tipo de interés ordinario, habiendo sido informado de manera clara y precisa de las mismas. El objeto de la novación no es otro que la modificación del tipo de interés ordinario. En la página trece de dicho documento se observa que en las condiciones actuales se refleja el interés aplicable, un interés variable de Euribor más 0,60% y un tipo mínimo (suelo) del 2,90 por ciento , el cual se modifica y se establece que no hay límites ni mínimo ni máximo y que el tipo de interés fijo para toda la vida de la operación será del 2,80 por ciento y se reitera nuevamente que el tipo fijo de interés para toda la vida de la operación sin vinculaciones pactadas será del 2,80 por ciento . En la práctica como se desprende del documento denominado oferta vinculante la cuota mensual actual 338,65 euros pasa ser 335,47 euros, es decir, la transacción en este caso se ha traducido en una rebaja de tan sólo 3,00 €, o si se quiere una rebaja de tan sólo una décima en el verdadero interés aplicado, pues no se olvide que la cláusula suelo a la postre estaba funcionando como una cláusula de conversión del aparente interés variable pactado en un interés fijo en la práctica, como se dijo ya en la sentencia del Pleno de la sala civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Por consiguiente, al cabo de diez años el consumidor recibiría de la entidad bancaria en virtud de esta transacción aproximadamente entre 300 y 400 €.*

46. Ahora bien, como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo Pleno antes citada de 12

de abril de 2018, en el presente caso nos encontramos ante una pretendida negociación individual constitutiva de una transacción, pues su finalidad, en atención a las fechas en que se celebra, no era sino evitar una contienda judicial entre las partes por razón de la nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario pactado, toda vez que a la fecha de la negociación individual, 2 de marzo de 2015, ya hacía ya casi dos años se había dictado la sentencia de 9 de mayo 2013 y las sucesivas sentencias que la confirmaron y declararon nulas las cláusulas suelo por su falta de transparencia.

47. De suerte que si partimos de que, en efecto, la finalidad de la presente negociación individual es evitar una contienda judicial entre las partes, que versaría sobre la validez o nulidad de la cláusula suelo pactada con devolución en su caso de las cantidades cobradas en exceso, no se alcanza a comprender por esta sala en que ha consistido en este caso la transacción de las partes aquí contendientes.

Pues, como es sabido, la transacción lleva consigo como elemento sustancial que la define y constituye su verdadera naturaleza que ambas partes, y no sólo una, de manera recíproca prometan, den o reciban cada una alguna cosa. Y, como decimos, esta sala no alcanza a comprender dónde, en qué cláusula se ha recogido la transacción por negociación individual en cuestión, pues el consumidor ha renunciado en el documento llamado de novación a todo tipo de reclamación derivada de la cláusula suelo existente. Y a cambio de esa renuncia a las importantes cantidades que recibió de más el banco, el cual en virtud de esa cláusula suelo ha estado cobrando un interés superior al pactado como interés variable, Euribor más 0,60%, a cambio de ello, decimos, la entidad rebaja el interés en tan sólo una décima, del 2,90 % al 2,80 %. Lo cual, ante la parquedad y nimiedad de la concesión de la entidad bancaria no puede considerarse sino como imposición de una nueva cláusula suelo, en este caso, llamada ya claramente cláusula de sustitución del interés aparentemente variable pactado por un interés propia y claramente fijó, imposición que no cabe admitir que fue aceptada libremente por el consumidor como negociación individual entre iguales. Conviene en ese sentido traer aquí a colación el criterio establecido por el TJUE para identificar cuando nos encontramos ante una negociación individual válida.

48. En efecto, como es sabido, a raíz de la sentencia Aziz, de 14 de marzo de 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido estableciendo una serie de parámetros o criterios que deben tenerse en cuenta para comprobar hasta qué punto ha existido esa capacidad de negociación y existe posibilidad de modificación de las condiciones del contrato. Y en este sentido ha señalado dicho alto tribunal como criterio determinante para concluir la falta de negociación individual cuando la empresa o profesional, obrando de buena fe, deberían llegar a

la conclusión de que el consumidor o cliente, de haber actuado en igualdad de condiciones, no habría llegado a firmar esa cláusula.

49.Y, desde luego no cabe duda de que, de acuerdo con esos criterios, es claro que en el presente caso no ha habido ninguna transacción obtenida por una propia y válida negociación individual, puesto que obrando de buena fe no cabe sino llegar a la conclusión de que el consumidor prestatario, de haber actuado en igualdad de condiciones, no habría llegado a firmar una tal transacción por medio de la cual el interés variable pactado, que por razones de mercado, gracias a la cláusula suelo venía ya comportándose como verdadero y propio interés fijo, y así se seguiría muchos años, ha pasado a convertirse en un interés fijo inferior en una sola décima y sin derecho por parte del consumidor a reclamar nada de las cantidades cobradas de más hasta entonces.

50.En consecuencia, no cabe aplicar al presente caso el criterio seguido para la negociación individual estudiada por el Tribunal Supremo en la anteriormente citada sentencia de 12 de abril de 2018 al no existir en el sentido expresado ninguna identidad de razón entre el supuesto contemplado por el tribunal supremo y el supuesto que constituye objeto del presente juicio. En efecto, en el supuesto contemplado por el tribunal supremo, como hemos visto, la entidad bancaria negoció con el consumidor una rebaja de nada menos que 2 puntos, es decir 20 décimas, de suerte que redujo a la mitad el interés cobrable en virtud de dicha cláusula suelo. Por el contrario, en el caso presente la concesión que realiza la entidad bancaria en virtud de la transacción se reduce a una sola décima, del 2,90% se pasa al 2,80%, y a cambio exige a la otra parte lo mismo que en el supuesto contemplado por el tribunal supremo, es decir, la renuncia a toda reclamación por las cantidades cobradas en exceso.

51. Existe, pues, una evidente desproporción en la transacción vía negociación individual objeto de juicio, la cual si, como manda el TJUE, es examinada sobre la base de la reglas de la buena fe, tomando como punto de partida la negociación de dos partes que se hallen en igualdad de condiciones, la conclusión sin lugar a dudas no puede ser sino que la parte afectada, en este caso, el consumidor desde luego no habría aceptado libremente una tal transacción, que le exige la renuncia a toda la reclamación de lo cobrado en exceso y a la vuelta al interés variable originario, euribor más 0,60 %, y todo ello a cambio de tan sólo una décima en la rebaja del interés, que pasa ser fijo, pero que, no se olvide, ya se estaba comportando como tal interés fijo”.

Por lo que respecta a la prescripción sin perjuicio de lo que luego se

dirá al no aportarse los justificantes de los pagos de los gastos hipotecarios, tal cuestión ha sido resuelta por nuestra Audiencia Provincial de Alicante en

sentencia n.o 106/18 de 12-3-18 sección 8a en el sentido de que se evidencia la imposibilidad, no sólo general sino en particular, cuando de contratos entre profesionales y consumidores se trata, de disociar la nulidad de la abusividad con sus consecuencias que son efectivamente restitutorias pero en absoluto autónomas de la nulidad ni de su impronta en tanto la restitución no tiene otra causa que la nulidad misma (FD 2a).

Por su parte, la Sentencia n.o 411/18 de 14 de septiembre de 2018 de la Sección 8a de la Audiencia Provincial de Alicante afirma “no es aceptable tampoco el alegato de que la acción ejercitada por la parte actora esté prescrita o lo ha sido con retraso desleal, pues sobre tal extremo ya hemos dicho en diversas ocasiones que en primer lugar la acción de nulidad por abusividad encierra un caso de nulidad absoluta y por tanto la acción para denunciarla es imprescriptible (la caducidad es instituto reservado a la anulación de los contratos, no a la nulidad); en segundo lugar, desde luego no resulta de la prueba practicada que la acción se haya ejercitado con evidente abuso de derecho o mala fe, pues es evidente que la acción responde a un hecho social notorio desencadenado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 que ha derivado en un cuestionamiento general de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria;y, en tercero, que la consecuencia restitutoria de lo indebidamente cobrado no es una acción independiente, sino consecuencia inherente a la declaración de nulidad, por lo que no puede ser objeto de modulación ni puede considerarse prescrita en modo alguno”.

Por su parte la Sentencia n.o 377/18 de la citada Sección 8a de 20 de julio afirma “En primer lugar, el efecto restitutorio de las prestaciones anudado a la nulidad de una cláusula contractual es un efecto ex lege derivado de la acción de nulidad como se desprende del art. 1303 del CC. En segundo lugar, en todo caso, si existiera un plazo para su ejercicio, al ser accesoria de la nulidad, el dies a quo sería cuando pudiera ejercitarse (art. 1969 Cc) y sólo puede ejercitarse cuando es declarada la nulidad mediante Sentencia. En tercer lugar, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C154/15, C 307/15 y C 308/15), después de declarar que el desarrollo en los Derechos nacionales del principio de no vinculación de los consumidores respecto de las cláusulas abusivas tiene la naturaleza de orden público (apartados 53 y 54), en el apartado 66 declara “Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los

Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva”. Así pues cualquier limitación o restricción a la restitución al consumidor de lo indebidamente abonado en virtud de las cláusulas abusivas es contrario al principio de no vinculación.

SEGUNDO.-CLAUSULA SUELO.

En relación con la/s escritura/s objeto de este procedimiento, se hace necesario determinar, en primer lugar, **si la denominada cláusula suelo objeto de litis es una condición general de la contratación** en el sentido definido en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, en relación a si afecta a un elemento esencial del contrato o a una cláusula financiera no esencial y si ha sido predispuesta e impuesta por la entidad o si nace de la libertad contractual de las partes.

Determinado esto, para el caso de que sea una condición general de la contratación, habrá que analizar si la misma incurre en desequilibrio o desproporción entre las prestaciones de los contratantes, considerando si la entidad ocupa una posición de superioridad frente a la parte actora, lo que conllevaría a la declaración de nulidad de la cláusula como abusiva.

A raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 14 de marzo de 2013, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil No 3 de Barcelona, declarando que la regulación española del proceso hipotecario no se ajusta a la normativa europea al no proteger suficientemente al consumidor y recordando el deber del juez nacional de proteger al consumidor y entrar inclusive de oficio en el análisis de aquellas cláusulas que considere abusivas aunque no se le hubieren invocado, se dicta la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 , la cual concluye, a modo de resumen, que las cláusulas suelo sí tienen la consideración de condición general de la contratación con consumidores al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente y que, aunque afecten al objeto principal del contrato, pueden ser sometidas al control de abusividad por parte del juez al no formar parte de un elemento

esencial del mismo, y aunque determina que la cláusula suelo por sí misma es lícita, se puede declarar la abusividad de la misma por falta de transparencia, apreciable de oficio, de modo que tales cláusulas deben superar dos controles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y el segundo relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su F.J. 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas.

Pues bien, la parte actora alega que estamos en presencia de una condición general de la contratación que nunca fue negociada por las partes sino que fue impuesta por la entidad y para que concurra una condición general de la contratación ha de concurrir dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo:

En primer lugar, respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), se señala en el art. 2 que " 1.- La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad ". Por otra parte, el art. 3 del TRLCGC contiene una definición legal según el cual "a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional ".

La Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15a, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente "*consumidores aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*".

En segundo lugar, respecto al requisito objetivo, el art. 1.1 de la LCGC define las condiciones generales de la contratación señalando 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 ".

Así pues, tal como señala la STS de fecha 9 de mayo de 2013 , en sus F.J. 137 para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos: " 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.

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 ."

A ello añade el F.J. 138 la STS de fecha 9 de mayo de 2013 que, 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 de la 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 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 " .

No hay duda que la cláusula suelo tiene el carácter de contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario es facultativa de modo que en los contratos en los que se utiliza estas cláusulas, las mismas pueden constituir cláusulas predisuestas destinadas a ser incluidas en una multitud de contratos.

Por lo tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que la misma haya sido o no conocida y aceptada libremente por el adherente, sino, más bien, de que el contenido de dicha cláusula no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes y esté destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos similares. Los contratos con condiciones generales no excluyen pues, por completo, la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad se ve

matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en condición de igualdad, ya que, en el caso del adherente se limita a aceptar o no las condiciones que le ofrece la contraparte. Pues bien, a partir de esa situación, la cual no prohíbe sin más nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente el predisponente. La Exposición de Motivos de la LCGC señala que " la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica ".

Entrando en el fondo del asunto, en el presente caso se deduce de la documentación aportada por las partes que la cláusula en cuestión se trata de una cláusula contractual a razón de su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario; se trata de una cláusula cuyo contenido estaba prerredactado y no ha sido fruto de tratos o negociaciones individualizadas entre las partes intervinientes. No aporta la demandada elemento probatorio alguno con suficiente consistencia que acredite que se produjo una negociación individualizada de la cláusula objeto de litis. No aporta la demandada documentación alguna que acredite que se presentaron propuestas o borradores del contenido del contrato de préstamo hipotecario, con ofertas y contraofertas formuladas por las partes intervinientes en el contrato. En este sentido no ha acreditado la entidad bancaria que se realizó una negociación individualizada y se informó específicamente a los demandantes de la existencia y significado de la cláusula suelo objeto de litis, ni de que se realizasen simulaciones del juego de distintos tipos de interés.

A la vista de lo expuesto no ha resultado acreditado que haya existido realmente una negociación individualizada de la denominada cláusula suelo, correspondiendo la carga de la prueba de ello a la entidad bancaria demandada en virtud del art. 82.5 del TRLGDCU, y por lo tanto ha de afirmarse que nos encontramos ante una condición general de la contratación en los términos descritos en el art. 1 de la LCGC, es decir, ante una cláusula cuyo contenido, aunque hubiese sido aceptado libremente por la parte demandante, fue determinado de modo unilateral por la entidad bancaria demandada, sin haber sido negociada de modo particular, no habiéndose aportado tampoco prueba documental complementaria que acreditara que, en el caso concreto, se negoció entre la entidad y los demandantes la no inclusión o la rebaja de dicha cláusula suelo.

En este sentido declara la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 aludida, en su F.J. 148 que " la exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o

singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

TERCERO.-Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013, en sus F.J. 184 a 190, afirma que las cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable, de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad, señalando al respecto en su F.J. 196: " a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

En consecuencia, la regla general es que tales cláusulas, cuando se refieren al objeto principal del contrato, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones al estar ante contratos con obligaciones recíprocas, pero al no formar parte del elemento esencial, **sí pueden someterse al control de transparencia** como a continuación se analizará, y de este modo se sostuvo por la STS de 9 de mayo de 2013, con cita de sus sentencias anteriores 401/2010, de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, y STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C- 484/08, la cual permite que las legislaciones nacionales establezcan normas más estrictas siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

CUARTO.-En tercer lugar, por lo que se refiere a la aplicabilidad de la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013, en cuanto al doble control de transparencia: de incorporación de la cláusula suelo y de su contenido, en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LCGC, " la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", y 7 de la LCGC, " no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato(...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles(...)"-.

Llegados a este punto, la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 exige un doble filtro de transparencia en contratos con consumidores, al señalar en su F.J. 210 que " Ahora bien, el artículo

80.1 del TRLGCIYU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente(...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ".

Según la citada Sentencia del Tribunal Supremo, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: El primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato, control de inclusión, y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Esto es, determinar qué información se le dió al cliente tanto de forma previa como en el momento de la contratación para determinar si éste era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato, control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, fijando el TS en el F.J. 225 de su Sentencia, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas.

Siguiendo lo expuesto por el TS en el F.J. 204, " las condiciones que superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores ". Por tanto, es preciso que se cumplan los dos niveles que se aluden en los párrafos 209 y siguientes de tal sentencia. Es decir, además de atender la exigencia de una oferta vinculante que dispone la Orden Ministerial de 5 de junio de 1994, que se asegure su comprensión, claridad y sencillez en el sentido que señala el art. 80.1 de la Ley de Defensa General de Consumidores y Usuarios , la transparencia documental, señalando el F.J. 210 que " permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del

contrato ".

Respecto al primer control de inclusión de las condiciones generales, no debe analizarse la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato, teniendo en cuenta que las cláusulas oscuras o ambiguas cuentan con un doble tratamiento en lo que hace al control de incorporación: de un lado, pueden determinar su exclusión del contrato, conforme al art. 7 b); de otro, cabe la posibilidad de que las dudas de interpretación se resuelvan a favor del adherente.

Los requisitos de incorporación se regulan en los arts. 5 y 7 de la LCGC, y en los arts. 80 y 81 del TRLGDCYU. La Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 indica en su F.J. 201 que "En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC- " la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez "-, y 7 de la LCGC - " no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato(...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles(...) ".

La conclusión que alcanza la citada sentencia, plenamente aplicable a la cláusula suelo que está siendo objeto de análisis, señala en su F.J. 202 cómo la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones

en función de las variaciones del Euribor, señalando su F.J. 203 que las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores, a tenor del artículo 7 de la LCGC.

Pues bien, del análisis detallado de la redacción de la cláusula suelo que nos ocupa cabe afirmar que si bien la cláusula aparece redactada de forma clara, legible, completa y nítida se observa que la misma aparece entremezclada dentro de la cláusula tercera relativa al interés, no estableciéndose por lo demás en una cláusula independiente para que la parte tuviese una real percepción de lo allí contenido.

Lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato. Cabe recordar que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores y la propuesta de Directiva nº 2011/0062

(COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, la cual admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas, no impide tal consideración pues tal como dice el TS, tales normas no exigen al banco su inclusión sino el procedimiento que deben seguir para que la incorporación de dicha cláusula sea válida.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 exige, en resumen, que el banco entregue al cliente solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, al que sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras, entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés, además de que se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, **estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable, y muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja.** Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato, garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC, si bien el requisito exigido por el art. 6 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios de entrega de una oferta vinculante, es aplicable sólo a los contratos suscritos entre entidades de crédito y consumidores, art. 1 de dicha Orden Ministerial relativo al ámbito de aplicación (...) cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda; Que el prestatario sea persona física; Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25.000.000 de las antiguas pesetas, o su equivalente en divisas.

Siguiendola **SAP de Sevilla de 29 de diciembre de 2016, sección 5a**, así pues, aún cuando la cláusula cuestionada tenga una redacción relativamente clara y sencilla, lo cierto es que se encuentra inserta en documentos extensos, de lectura difícil y no exenta de complejidad, por lo que fácilmente puede pasar desapercibida al consumidor en una operación de este tipo la existencia de una limitación al interés variable tan importante como la que se ha mencionado; precisamente por ello, para evitar que pase desapercibido un elemento esencial del contrato, en cuanto forma parte de las estipulaciones que fijan el precio a pagar por el prestatario, y para asegurar la transparencia del mismo, se instaura la exigencia de que expresamente se llame la atención al usuario antes de firmar el contrato sobre estos límites que pueden convertir la variabilidad en exclusivamente al alza. En el caso de autos no se han respetado esas precauciones para garantizar la transparencia de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato. El Notario no hace constar que expresamente ha advertido a los prestatarios de los extremos a que hace referencia la misma. Por ello, no existe certeza de que el consumidor tuviera real y efectivo conocimiento en el momento de la firma de las limitaciones que afectan al interés variable pactado por las partes, lo que

no puede considerarse que verse sobre un aspecto secundario o poco relevante de la información que debe garantizarse que recibe el consumidor. Esta obligación legal de informar expresamente en el momento del otorgamiento de la escritura pública no puede ser sustituida por informaciones verbales que faciliten empleados de la entidad bancaria, ni se han aportado otros documentos de los que resulte de forma indubitada que se recibió por los prestatarios esa específica información por escrito, llamando su atención al respecto sobre tal cuestión de forma clara y comprensible.

En resumidas cuentas no se ha superado el control de incorporación de las cláusulas, por lo que ya llevaría consigo la nulidad por no haber superado dicho control de incorporación de las cláusulas.

Respecto al segundo control de transparencia de las condiciones generales, esto es, el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, el F. J. 215 de la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 declara: " a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato ".

Por el simple formulismo o redacción de la cláusula, que le permite superar el control de incorporación, no se puede deducir sin más el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, debiendo tenerse en cuenta el deber que recae sobre la entidad bancaria de proporcionar al consumidor una información completa y leal con carácter previo y coetáneo a la contratación y que esta información completa se facilite con tiempo bastante para permitir al consumidor una decisión suficientemente reflexionada, para lo que será preciso analizar si se han cumplido los deberes de información recogidos en la legislación.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 , resuelve que la existencia de oferta vinculante, o la lectura de la escritura por el Sr. Notario o la inclusión de lo ordenado en el punto 7.2 de la OM no es suficiente a efectos de acreditar que la entidad bancaria ha cumplido con el segundo nivel de transparencia, declarando que "*Al respecto, también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones*

generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

En consecuencia, hay que analizar **qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que implicaba dicha cláusula**, ya que en un préstamo a devolver en un período determinado de años es necesario que la entidad financiera acredite que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar, estableciendo el Tribunal Supremo en el F.J. 225 que "*En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:*

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor ."

El Tribunal Supremo en dicha sentencia considera que los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 del TRLCU , porque no se permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos y se decanta por considerar que la falta de transparencia es determinante de la abusividad de la cláusula en un contrato celebrado con consumidores.

En este caso no se ha acreditado por la entidad bancaria demandada que haya informado perfectamente, de un modo comprensible, claro y suficiente a su cliente del comportamiento

previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, estén informados de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

A ello ha de añadirse que dicha cláusula, según señala el F.J. 210, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, se vuelve oscura al estar " enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato" impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así como la "carga jurídica" que conllevaba, es decir, "la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ", de tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (F.J. 217) y de hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (F.J. 218).

Resulta que no hay constancia de que la entidad bancaria hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. Es pues de aplicación el F.J. 221 cuando señala que " Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato ."

Resulta asimismo que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones de distintos escenarios de tipos de interés por parte de la entidad bancaria demandada, sin que aporte prueba documental al respecto que lo corrobore. Se trataba sencillamente de ofrecer al consumidor simulaciones de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato o que comprendiera que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiaría en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. A la vista del art. 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que establece la carga a quien tiene mayor disponibilidad y facilidad probatoria, corresponde a la entidad

financiera, en cuyas oficinas se negociaron las condiciones, que pudo aportar la documentación ofrecida al cliente, las eventuales ofertas alternativas de interés fijo o variable sin límites o con una limitación diferente, y cualquier otro dato que permitiera constatar que efectivamente hubo una información específica.

En el caso de la escritura es complejo constatar la existencia de una previsión contractual insertada entre tan abundantes previsiones contractuales como la duración del contrato, amortización anticipada, tipo de interés variable, etc.

Resulta igualmente que la cláusula suelo se inserta en una maraña de información sobre los intereses. Por lo que es algo impropio y secundario cuando es determinante de la economía del contrato y que " en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante " (F.J. 212).

Tampoco se aprecia, de todo lo expuesto, que el cliente realmente percibiera que ésta era una cláusula que define el objeto principal del contrato " que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato " (F.J. 213 de la sentencia citada). Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

En virtud de todo lo expuesto, tal y como aparece redactada y colocada la cláusula en la escritura es oscura y no claramente perceptible y la información que se proporciona en ella no es suficiente y comprensible, falta de transparencia que también se deriva de la insuficiencia de la información acerca de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, ya que no hay prueba alguna de que la entidad bancaria incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente conocedor de lo que estaba contratando y de cómo iba a devolver el préstamo. Por tanto, no cumple el segundo nivel de comprensibilidad real, dentro del doble control de transparencia que exige la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013 .

QUINTO.- Una vez concluida que la cláusula suelo es una condición general de la contratación y que no cumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe analizarse si es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor, teniendo en cuenta que los

requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas son los siguientes: a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada; b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor (F.J. 223 de la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013).

Se considera que la llamada cláusula suelo es una condición abusiva, por aplicación del art. 8.2 de la LCGC , que se remite a la normativa de protección de consumidores. El art. 82 del TRLGDCU - Real decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de General de Defensa de Consumidores y Usuarios- define como cláusulas abusivas " todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato ", valorando " la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa " (art. 82.3 del TRLGDCU).

En la demanda se invoca la infracción de esta normativa porque la cláusula impugnada es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio evidente e importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio de la parte actora, consistente en que en caso de bajada del tipo de interés fijado no se verá beneficiada, debiendo pagar un límite mínimo de **3,25 % (2,5% en la escritura de novación)** que supone un importe considerable durante toda la larga vida del contrato.

Para resolver esta cuestión hay que valorar las circunstancias del caso concreto y las demás cláusulas del contrato, como dispone el art. 82.3 del TRLGDCU . Ahora bien, como es imposible conocer las circunstancias de cada uno de los contratos de préstamo hipotecarios firmados por la entidad demandada con consumidores, habrá que analizar circunstancias generales, destacando las condiciones de los casos planteados por la actora, teniendo en cuenta que se tratan, con carácter general, de préstamos con garantía hipotecaria firmados en los últimos años entre una persona física -consumidor que no tiene conocimientos económicos relevantes ni información sobre la evolución de los tipos de interés ni sobre la evolución de las variables económicas- y una entidad bancaria.

Los consumidores que solicitan el préstamo hipotecario asumen todas las cláusulas financieras y no financieras incluidas en la escritura pública sin negociar ninguna de ellas -no hay prueba de la parte demandada sobre tal negociación, art. 82.3 de la TRLGDCU-, y debe pagar todos los " intereses, comisiones, impuestos y gastos, incluso de carácter judicial, que origine esta operación ". Es

evidente que la redacción del clausulado del contrato ha sido, en su totalidad, predispuesta e impuesta por la entidad demandada, de forma que el consumidor sólo tiene libertad para aceptar o no aceptar la oferta vinculante de la entidad, pero no puede negociar individualmente las cláusulas del contrato. Y dichas cláusulas suponen, en su conjunto, la atribución de obligaciones únicamente para el consumidor, que habría de abonar intereses ordinarios y de demora, comisiones por todos los conceptos decididos por la entidad y todos los gastos que genere la concesión del préstamo hipotecario e incluso su reclamación judicial y extrajudicial. La simple confección del documento genera, de por sí, una situación notablemente desproporcionada para el consumidor, que a cambio del préstamo de un capital principal asume una posición de absoluta sumisión a todas las cláusulas queridas por la entidad, de lo que resulta que la entidad bancaria ostenta una posición de superioridad frente a la parte actora, que queda en una posición de notable inferioridad, que se ve privada de toda libertad de negociación y asume todas las obligaciones derivadas del contrato, mientras que la entidad bancaria se ha asegurado sólo la obligación de entrega del importe pactado, sin asumir ningún riesgo o coste por la operación.

La entidad demandada es una profesional del sector financiero que realiza operaciones como la impugnada a diario y que tiene una información cualificada sobre la evolución del tipo de referencia y otras circunstancias de la economía y del sector bancario, por lo que a la fecha del contrato tenía la posibilidad de saber -cuando no la certeza- cuál venía siendo la evolución del tipo de referencia y qué futuro era previsible, al menos durante los primeros años de vigencia del contrato.

Ante la ausencia de una norma nacional y comunitaria que defina qué se entiende por tal desequilibrio, el TS, en el F.J. 253 de su citada sentencia, da las pautas necesarias para ello: " Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto " .

De otro lado, se priva al cliente de ejercer la facultad de protección frente a incrementos del Euribor; mientras, la entidad está en condiciones de ejercerla con frecuencia. Esto es así, porque las cláusulas suelo se han mostrado efectivas prácticamente desde el inicio de los contratos hasta la actualidad, liberando a la entidad del perjuicio consistente en la percepción de un menor ingreso como consecuencia de la extraordinaria reducción verificada en el índice referencial, mientras que el prestatario no verá cubierto su riesgo de tener que afrontar una cuota muy superior en caso de producirse una tendencia alcista en la evolución del Euribor. Esta acreditada falta de semejanza tiene como consecuencia práctica un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las

partes, en perjuicio del consumidor, y en todo caso, de la falta de reciprocidad en el contrato, circunstancias que conlleva la nulidad de pleno derecho de las cláusulas cuestionadas, y en concreto porque ante tan evidente desproporción, las cláusulas reseñadas en la demanda deben ser consideradas abusivas pues se trata de estipulaciones no negociadas individualmente ni consentidas expresamente, que causan en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, y por tanto, nulas, ya que estas cláusulas han sido introducidas por las entidades bancarias y financieras en el momento en que los tipos de referencia iniciaban una caída desconocida y prolongada, que ha resultado tremendamente bajista, como mecanismo para evitar los riesgos y perjuicios que esta reducción les depararía, garantizando unos intereses semejantes a que no se hubiera producido tal bajada, convirtiendo un préstamo a interés variable, prácticamente, en un préstamo a interés fijo, con lo que se transgrede la buena fe contractual, que debe proyectarse en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a " tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta ", como se expone en el considerando 14 de la Directiva 933. En el ámbito de la LGDCU, la buena fe presenta, como se señala en la doctrina, un auténtico perfil institucional, en cuanto al aceptar una cláusula predispuesta de carácter general se proyecta sobre un grupo de potenciales consumidores, convirtiéndose en un auténtico patrón de enjuiciamiento de la validez de las estipulaciones contractuales.

Por tanto, tales cláusulas introducen una desproporción y un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, en perjuicio de los demandantes, que, ya limitada su libertad contractual a la sola aceptación del contrato, no pueden negociar los tipos de interés ni los porcentajes de la llamada cláusula suelo y ni siquiera discutir la imposición de la misma. Es decir, si la parte actora se hubiera negado a tal cláusula, la entidad no le habría concedido el préstamo.

SEXTO.- Respecto a la eficacia de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, la norma básica aplicable se contiene en el art. 8 de la LCGC en cuanto dispone que " 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional 1ª de la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ".

La referencia legal, vigente al tiempo de la firma de la mayoría de los préstamos hipotecarios, debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha de su entrada en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada Ley 26/1984, de 19 de Julio,

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por tanto, la remisión ha de entenderse hecha a los artículos 82 y siguientes del TRLGDCYU.

El art. 8.2 de la LCGC dispone que en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (modificada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2012, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

En consecuencia, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida en la escritura.

Por todo lo expuesto, declarada la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia y por suponer un desequilibrio injustificado para el consumidor, la consecuencia jurídica que procede es la de declarar la nulidad de la misma, en virtud del art. 82 del TRLGDCU, no así la del resto del contrato que sigue en vigor, pues si bien es cierto que se refiere al objeto principal del contrato, no es un "elemento esencial del mismo" y con ello no forma parte de su objeto y causa.

Así pues, se ha de declarar la nulidad de la cláusula suelo-techo contenida en el contrato objeto de

la presente litis.

SÉPTIMO.- Por último, respecto a **las consecuencias económicas de la declaración de nulidad de la cláusula suelo**, se ha de estar a la **reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016 dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C 308/15** que se da aquí enteramente por reproducida declarando que el art. 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una Jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del art. 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, debiendo destacarse los apartados 73,74 y 75.

Asimismo debe indicarse que la demandada deberá restituir a la parte actora las cantidades que ésta hubiera pagado desde la fecha de suscripción del contrato en virtud de la aplicación de la cláusula cuya nulidad se aprecia, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, sin perjuicio de aplicarse desde la fecha de esta sentencia lo previsto en el art. 576 de la LEC.

Se hace asimismo constar que procede la nulidad de la escritura de novación de fecha 12-12-2013, dado que como se ha dicho anteriormente, impone una nueva cláusula suelo, pero menor a la originariamente pactada que era del 3,5%, única modificación que se hace constar en la misma.

OCTAVO.- DE LOS GASTOS NOTARIALES, REGISTRALES, DE GESTORIA, IMPUESTO DE ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS Y TASACIÓN. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ESTABLECIDA POR EL PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TS MEDIANTE SENTENCIAS DE 23-1-2019.

Se da por reproducida dicha cláusula.

Pues bien, de la dicción de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la

Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma.

En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca.

Es así que el carácter omnicomprendivo de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad.

En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprendividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

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.

De este modo, y aplicando la referida jurisprudencia al caso concreto en litigio, no hay duda de que la cláusula de gastos que contiene la hipoteca suscrita es nula, en tanto no distingue entre los gastos que genera el otorgamiento de la hipoteca los que debe abonar el hipotecante y la entidad prestamista, sino que impone de una forma indiscriminada al prestatario la totalidad de los gastos, expresando como tales los de tasación del inmueble, otorgamiento de la escritura, gestión ante el

Registro de la Propiedad y pago de tributos.

Como afirma **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante sección 8 a de 19-4-18** “*vista la doctrina establecida por la STS de 23 de diciembre de 2015 sobre el carácter abusivo de estos gastos parece evidente que la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la imposición a la prestataria con carácter exclusivo de todos los gastos correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario es una conducta contractualmente abusiva que vicia de nulidad la cláusula que los impone lo que merece un pronunciamiento positivo, no desde la perspectiva de su aplicabilidad sino desde el marco de la existencia contractual misma de la cláusula y, por consiguiente de un pronunciamiento autónomo en la parte dispositiva de la sentencia en relación a la pretensión así deducida en la demanda que en el caso, es la primera de las ejercitadas.*

Procede en consecuencia estimar el motivo y declarar la nulidad de la cláusula quinta sin matiz ni limitación alguna, estimación que afecta a la pretensión principal”

El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 46/2019 de 23 Ene. 2019, Rec. 2128/2017 tiene establecido que:

“SEGUNDO.- Único motivo de casación. Gastos derivados de la contratación de un préstamo hipotecario por un consumidor. Abusividad de la cláusula que atribuye su pago en exclusiva al consumidor

Planteamiento:

1.- El Sr. Julio interpuso un recurso de casación, con un único motivo, en el que denunció la infracción del art. 89.3.3o del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios(TRLUCU), en relación con el art. 82.4 c) del mismo texto legal y con la jurisprudencia establecida en la SSTS 705/2015, de 23 de diciembre, y 550/2000, de 1 de junio.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera los citados preceptos y las sentencias que se invocan, al no declarar la abusividad de una cláusula que atribuye, sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, debe advertirse que la cita del precepto infringido es incorrecta, por cuanto el contrato de préstamo es de fecha anterior al TRLUCU, por lo que éste no resulta aplicable, sino que regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios(en adelante LGCU).

No obstante, como hemos dicho en ocasiones similares (verbigracia, sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo), al tratarse de un texto refundido, el art. 89.3 c) no fue realmente una norma de nuevo cuño, sino que fue reflejo de la refundición o reajuste de una norma previa. Por ello, a estos efectos, en función de la fecha del contrato (2 de mayo de 2001), deberemos tener en cuenta lo previsto en el art. 10 bis **LGCU**, en la redacción conferida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/1988, de Condiciones Generales de la Contratación (**LCGC**), que se remitía a la Disposición Adicional Primera de la propia **LGCU**, en la que se contenía un listado de cláusulas abusivas, entre las cuales, la 22 [«La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)»], es equivalente al actual art. 89.3 c) **TRLGCU**.

2.- En las sentencias de pleno **705/2015 de 23 de diciembre** y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la **STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12**(Constructora Principado), cuando dice:

«21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

»22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

»23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión

suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

»24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Aziz*, antes citada, apartado 71).

»25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartado 44)».

3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4.- La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, puesto que lo único que hace es aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento. Si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las

sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:

«En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

»a) *Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.*

»b) *En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.*

»c) *En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y*

CSV:5ULDFSVS-LXAYEBI2-4U1HX8Z2 URL de validació:<https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=5ULDFSVS-LXAYEBI2-4U1HX8Z2>

registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

»d) *Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales».*

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el [Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre](#), por el que se modifica el [Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados](#) (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

5.- La [sentencia 705/2015, de 23 de diciembre](#), que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, *declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación*.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

6.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala [1331/2007, de 10 de diciembre](#), «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario ([art. 2.3 CC](#)).

TERCERO.- Gastos notariales1.- En lo que respecta a los *gastos de notaría*, el [art. 63 del Reglamento del Notariado](#) remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del [Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo ([art. 517.2.4a LEC](#)), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el [Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre](#), por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.o, 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».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, *la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.*

3.- En cuanto a la *inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.*

QUINTO.- *Gastos de gestoría*

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de *gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario*: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el [Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio](#), sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la *obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción* de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, *cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.*

SEXTO.- Aplicación de estos criterios por la sentencia recurrida. Estimación del recurso de casación. Asunción de la instancia

1.- En la medida que la sentencia recurrida no se adapta a estos criterios, el recurso de casación debe ser estimado.

2.- Al haberse estimado el recurso de casación, debe asumirse la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación formulado por el prestatario y la impugnación formulada el banco.

3.- En primer lugar, debe estimarse en parte el recurso de apelación, porque *la cláusula controvertida es abusiva*, y no solo parcialmente, como resuelve la sentencia de primera instancia, sino en su totalidad, *en cuanto que*, como dijimos en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, sin negociación alguna, *atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables*. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

4.- Cuestión distinta es que, *una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad* (art. 8.2 LCGCy 83 TRLGCU), haya que *decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016:

«34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Hemos dicho en la sentencia de pleno [725/2018, de 19 de diciembre](#), que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía.

5.- En consecuencia, deben estimarse en parte el recurso de apelación y la impugnación contra la sentencia de primera instancia, a fin de *declarar la abusividad de la cláusula controvertida y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario en la forma establecida en esta sentencia. Con la consiguiente obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula anulada, con los intereses legales devengados desde la fecha de su pago* ([sentencia 725/2018, de 19 de diciembre](#)).

Por su parte, el FALLO indica:

1.o- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Julio contra la

[sentencia núm. 126/2017, de 24 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo \(Sección 4a\), en el recurso de apelación núm. 87/2017](#), que casamos y anulamos.

2.o- Estimar en parte el recurso de apelación y la impugnación formulados contra la [sentencia núm. 247/2016, de 9 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 11 de Oviedo, en el juicio ordinario núm. 538/2016](#), que revocamos parcialmente, a fin de estimar en parte la demanda formulada por el Sr. Julio contra Liberbank S.A., a fin de declarar la abusividad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de octubre de 2006 y ordenar la distribución de los gastos derivados del préstamo hipotecario de la siguiente forma:

a) *Impuesto de actos jurídicos documentados*: como se establece en el fundamento jurídico segundo, apartado 4.

b) *Gastos de notaría: escrituras de otorgamiento y modificación del préstamo, por mitad; escritura de cancelación de la hipoteca, pago por el prestatario; copias, por quien las solicite.*

c) *Gastos de registro de la propiedad: los derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria, al prestamista; los de cancelación, al prestatario.*

d) *Gastos de gestoría: por mitad.*

Condenando a Liberbank a *abonar* al Sr. Julio las *cantidades abonadas en exceso como resultado de la aplicación de la cláusula anulada, con sus intereses legales desde la fecha de los respectivos pagos*".

En cuanto a los gastos de tasación, nuestra Audiencia Provincial de Alicante los excluye. Afirma la sentencia de 26-4-18 no 189/18 que "en relación con los gastos de tasación del inmueble su imputación al prestatario hipotecante no suscita dudas de legalidad. Se trata de un gasto precontractual que normalmente asume el comprador en tanto que obliga a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal, como en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca".

NOVENO.-EFECTOS

No se acogerá la pretensión restitutoria relativa a los gastos hipotecarios dado que la parte actora debía conforme al art. 399 de la LEC haber aportado los documentos oportunos de donde se derivaran las cuantías abonadas.

DÉCIMO.- COMISIÓN RECLAMACIÓN POSICIONES DEUDORAS. Por lo que respecta a la nulidad de la cláusula relativa a la reclamación de posiciones deudoras, la cláusula citada se debe declarar nula por dos motivos.

El primero de estos motivos **es la existencia de una doble penalización para el mismo supuesto**, ya que para los descubiertos en la cuenta del préstamo hipotecario ya está prevista la indemnización correspondiente a los intereses de demora; en este sentido se pronuncia la SAP de Salamanca de 8 de marzo de 2010, que declara que "... el repercutir, además de un tipo de interés, **una comisión de exceso o descubierto carece de justificación legal y supone un doble cobro generador de enriquecimiento injusto**, como han señalado de forma unánime y reiterada numerosas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales."

Y el segundo de los motivos por el que se debe declarar la nulidad de la cláusula que contiene esta comisión es que **debe responder a un servicio efectivamente prestado por el banco**, sin que en este caso se haya acreditado la prestación de dicho servicio. Así, en este sentido, tenemos que citar la SAP de las Palmas, de 17 de octubre de 2013 que declara “Siguiendo las consideraciones, al respecto, recogidas en la sentencia número 302/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5a, de fecha 13/05/2011,” según criterio sentado por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre: “la comisión por reclamación de posiciones deudoras constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes.

Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, **la existencia efectiva de gestiones de reclamación**, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que:

– Su devengo **está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor**(algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).

– **Es única en la reclamación de un mismo saldo**. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación.

– **Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales.”Por otra parte, ha de ser tenido en cuenta que el art. 85.7 RDLeg 1/2007 atribuye la cualidad de abusiva a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones“.**

Por lo expuesto, procede declarar su nulidad

UNDECIMO.- VENCIMIENTO ANTICIPADO.

En cuanto a la validez o posible nulidad de dicha cláusula, el [Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 14 marzo 2013 \(LA LEY 11269/2013\)](#) aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos:

"Por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"(Aptdo. 73).

Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE, asunto Banco Grupo Cajatres, S.A. & María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad Hereditaria formada al fallecimiento de D.M.A. Viana Gordejuela, de 8 de julio del 2015, C- 90/14 (LA LEY 123769/2015), (ECLI:EU:C:2015:465), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe *hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.*

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA LEY 7255/2013), que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

Asimismo, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, no705, de 23 de diciembre de 2015 señala que *una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.* En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre (LA LEY 204975/2015) y la posterior no 79/2016, de 18 de febrero, (LA LEY 8157/2016) al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

La sentencia del TJUE Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, de 26 de enero de 2017, C-421/14 (LA LEY 349/2017), (ECLI:EU:C:2017:60), estableció- en lo que ahora interesa- los siguientes criterios:

«4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

»6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo estásupeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad estáprevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevémedios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

»7. La Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993)debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC (LA LEY 58/2000)que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE señalados, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor estájustificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta

consecuencia, tal como estableció ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11 (LA LEY 11269/2013)).

Pues bien, en el presente supuesto, se contempla un amplio catálogo de causas que permiten a la entidad financiera resolver anticipadamente el préstamo hipotecario. Así, se establece la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de que el prestatario incumpla cualquier tipo de obligación prevista en la escritura, -sin necesidad de valorar si ese incumplimiento es esencial o no-, o la falta de pago de una sola cuota de amortización, o el impago de un solo recibo de contribución, o la no inscripción de la escritura hipotecaria en el Registro de la Propiedad.

Contempla por tanto, una sanción muy alta -resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario-, ante cualquier incumplimiento del prestatario sin que exista un grado de proporcionalidad entre dicha facultad y este incumplimiento, provocando así un desequilibrio grave entre los derechos de las partes.

Asimismo, la desproporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento, también se contempla desde la perspectiva de la duración del propio préstamo hipotecario y del otro préstamo suscrito sin garantía hipotecaria, en el cual se fijan **las cuotas mensuales que constan en la escritura** lo cual supone que cualquier tipo de incumplimiento, aunque no sea esencial ni grave, que se produzca en cualquiera momento de este lapso de tiempo, daría legitimación a la entidad demandada a resolver anticipadamente el contrato.

Por otro lado, el desequilibrio de dicha cláusula también se contempla desde la perspectiva de la subsidiariedad, en el sentido de que no se contempla una opción que sea menos gravosa y proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial ni gravoso por parte del prestatario, sino que únicamente se contempla la resolución anticipada en cualquier caso.

Es por ello, que dichas cláusulas que contemplan el vencimiento anticipado deben reputarse nulas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del TRLGCU (LA LEY 11922/2007) que establece que, son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. Así, las consecuencias de su declaración de nulidad y consiguiente abusividad, deberán ser la total expulsión de dichas cláusulas del préstamo hipotecario a pesar de que no hayan sido ejecutadas todavía por parte de la entidad financiera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

En este mismo sentido se pronuncia también la [STJUE de 21 de diciembre de 2016 \(LA LEY 179803/2016\)](#) con respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, pues señala que, los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. El [artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#) debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, *la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.*

Por otro lado, resulta indiferente que aún no se haya hecho uso de dicha facultad por parte de la entidad demandada para poder proceder a declarar su posible abusividad, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Efectivamente, en su Auto de 11 de Junio de 2015 al señalar que "[1]a [Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#)(LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del [artículo 3 apartado 1, de la propia Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#)-, de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión

Por todo lo expuesto, procede la total expulsión de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo suscrito entre las partes, subsistiendo el contrato sin inclusión de dicha cláusula abusiva.

DUODÉCIMO.- INTERES DE DEMORA.

En cuanto al interés de demora, solicita la demandante la nulidad de la cláusula correspondiente en la escritura de préstamo hipotecario, **18 %**. La cláusula se da aquí por reproducida.

Este interés de demora, se establece como una **cláusula penallo** que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de

vivienda habitual se encuentra limitado por el art- 114.3 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de Mayo (LA LEY 7255/2013) de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero. En concreto, establece que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (LA LEY 86873/2015) declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única. También el artículo 1108 CC (LA LEY 1/1889) ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar.

A este respecto, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) (LA LEY 11269/2013) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferentes contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el [art. 7.2 de la Ley 3/2004 \(LA LEY 1704/2004\)](#) por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el [art 576 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula establece un interés de demora de cuatro puntos porcentuales por encima del interés legal del dinero, que si bien, no puede considerarse excesiva y notoriamente desproporcionado, sí que ha de considerarse desproporcionado teniendo en cuenta que el tipo máximo pactado de interés variable aplicable al préstamo es de un 13%, así como teniendo en cuenta que supera los parámetros contenidos no solo en normas imperativas, como el previsto expresamente para préstamos hipotecarios del art. 114 LH, o art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal.

Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, desproporcionado.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del [art. 82 TRLGCU \(LA LEY 11922/2007\)](#), y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquéllas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

En este sentido cabe citar la **STS no 364/16 de tres de junio de 2016 que establece:**

"4.- Control de contenido de la cláusula de intereses. La cláusula 6a del préstamo hipotecario respecto del que se juzga su carácter abusivo, fija un interés de demora del 19%.

En la sentencia 265/2015, de 22 de abril, razonamos por qué la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad (si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causa un desequilibrio importante de los derechos y

obligaciones de las partes que se deriven del contrato):

«La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el [Texto](#)

Refundido de la [Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios \(LA LEY 11922/2007\)](#), prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.»

También resulta de aplicación la argumentación que hacíamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , sobre el sentido de la cláusula de intereses de demora, su finalidad indemnizatoria y disuasoria, y el límite que supone, cuando se contrata bajo condiciones generales de la contratación con consumidores, que esta indemnización no sea abusiva por ser desproporcionadamente alta:

«es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor [...], y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización "desproporcionadamente alta"».

De tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es «el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento».

5.- Para llevar a cabo este examen, como expusimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , el TJUE ha establecido unas pautas:

«En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de

demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo

necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 (LA LEY 11269/2013), caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

»El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

»Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo».

Con carácter general, el art. 1108 CC (LA LEY 1/1889) establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero.

Y, de forma específica para los préstamos o créditos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo (LA

LEY 7255/2013), modificó el art. 114 LH e introdujo un límite a los intereses de demora, al prescribir que «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Esta regla legal, en virtud de la disposición transitoria 2a de la Ley, se aplica también a los contratos anteriores, en cuanto que permite el recálculo de los intereses moratorios establecidos en esos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al citado tope legal.

Como hemos recordado en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre , (LA LEY 204975/2015) de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) (LA LEY 28/2015) y en el auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA):

«el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU (LA LEY

11922/2007). [...]

» Conforme a la doctrina establecida por dicha resolución -ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA)-, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (LA LEY

3/1946)(triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015 , son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal».

El Tribunal de Justicia ha vuelto a incidir en esta idea, en su auto de 17 de marzo de 2016, C-613/15 (caso Ibercaja):

«[...] los artículos 3, apartado 1 , y 4, apartado 1, de la [Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#)no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora [...] quede limitada a criterios como los definidos en el [artículo 114 de la Ley Hipotecaria \(LA LEY 3/1946\)](#)[...]» (apartado 33).

6.- La consecuencia de lo anterior es que, al margen de la finalidad perseguida por el legislador de 2013 al introducir ese límite del interés de demora en el art. 114 LH , ese límite no garantiza el control de abusividad. Puede que el interés de demora convenido sea inferior al límite legal y, aun así, abusivo.

Se da la coincidencia de que, en el presente caso, la cláusula 6a del préstamo hipotecario es la misma respecto de la que se pronunció este tribunal en dos ocasiones sobre su carácter abusivo. Primero en la

[sentencia 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), con ocasión de una acción colectiva, y luego en la [sentencia 79/2016, de 18 de febrero , \(LA LEY 8157/2016\)](#)con ocasión de una acción individual. Con una diferencia, en aquellos casos la cláusula había sido declarada abusiva en la instancia, mientras que en el presente caso el tribunal de apelación no apreció la abusividad.

En realidad, y en lo que ahora interesa, en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero ,](#) nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la [265/2015, de 22 de abril,](#) respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

«(E)l art. 114.3 Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado» (sentencias 705/2015, de 23 de diciembre (LA LEY 204975/2015), y 79/2016, de 18 de febrero).

Pero en los reseñados precedentes no establecimos ningún criterio objetivo, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado.

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

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

LEY 1957/1980), durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

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

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al

demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

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

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

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de

demora, ya advertíamos en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY 204975/2015\)](#), y [79/2016, de 18 de febrero](#), que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual». Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

8.- De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida.

También lo sería, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114.3 LH. Este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

TERCERO *Consecuencias de la declaración de abusividad*

1.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las [sentencias 705/2015, de 23 de diciembre \(LA LEY](#)

204975/2015), y 79/2016, de 18 de febrero

Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril :

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»

En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo".

El criterio ha sido confirmado por la STJUE de 7 de agosto de 2018.

Por lo expuesto, aplicando la Jurisprudencia del TS, considerándose abusivo el interés de demora superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio, tal como expone la citada STS, que extiende a los préstamos hipotecarios el criterio fijado en la anterior STS de 22 de abril de 2015, declarándose nula la cláusula en cuestión por ser abusiva al exceder de dicho límite, continuará el devengo del interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo, que cumple la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

La Sentencia del Pleno del TS de 28-11-18 afirma:

“14.- La [sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018](#), asuntos acumulados C —96/16 y C—94/17, que resuelve la cuestión prejudicial planteada en este recurso para despejar cualquier duda sobre la conformidad de la solución adoptada por esta sala con el Derecho de la Unión Europea, ha resuelto:

«La [Directiva 93/13](#) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la

consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato».

15.- Para alcanzar esta conclusión, el TJUE ha utilizado, en lo fundamental, estos razonamientos:

«75 Por lo demás, la [Directiva 93/13](#) no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales. En efecto, el objetivo perseguido por la Directiva consiste en proteger al consumidor y en restablecer el equilibrio entre las partes del contrato, dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo al mismo tiempo, en principio, la validez de las restantes cláusulas del contrato en cuestión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de mayo de 2013, Jörös, C- 397/11, EU:C:2013:340, apartado 46, y de 31 de mayo de 2018, Sziber, C- 483/16, EU:C:2018:367, apartado 32).

» 76 En particular, de la [Directiva 93/13](#) no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según resulta del auto de remisión en el asunto C—94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

» 77 Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 90 de sus conclusiones, las anteriores consideraciones resultan aplicables con independencia de la manera en que estén redactadas la cláusula contractual que establezca el tipo de interés de demora y la que establezca el tipo de interés remuneratorio. En particular, tales consideraciones no solo son válidas cuando el tipo de interés de demora se define independientemente del tipo de interés remuneratorio, en una cláusula distinta, sino también cuando el tipo de interés de demora se determina en forma de un incremento de varios puntos porcentuales sobre el tipo de interés remuneratorio. En este último supuesto, al consistir la cláusula abusiva en tal incremento, lo único que exige la [Directiva 93/13](#) es que este se anule».

16.- *La consecuencia de lo expuesto es que procede aplicar la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula sobre intereses de demora, cuyo ajuste a las exigencias del Derecho de la Unión ha sido declarado por el Tribunal de Justicia.*

17.- De acuerdo con esta doctrina, no es correcta la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en sustituir el interés de demora abusivo por el consistente en el triple del interés legal del dinero, previsto en el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria como límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda. Pero tampoco puede aceptarse la solución sostenida por el recurrente, consistente en que una vez que dejó de pagar las cuotas del préstamo hipotecario e incurrió en mora, el préstamo dejó de devengar interés alguno.

La solución, conforme a lo dispuesto en las sentencias de esta sala citadas en los párrafos precedentes, es que, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.

18.- Por tanto, la estimación del recurso de casación solo puede ser parcial”.

El fallo de la sentencia casaba la correspondiente sentencia, que declaraba sin valor ni efecto alguno en lo relativo a los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de demora y, en su lugar, acordaba que que una vez que el prestatario incurrió en mora, el préstamo no devengó interés de demora y siguió devengando el interés remuneratorio respecto del capital pendiente de devolución.

DECIMOTERCERO.- COSTAS. ESTIMACION PARCIAL.

En el caso de autos nos encontramos ante una estimación parcial, siguiendo la tesis de la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia n.o 208/19 de 25-2-2019, así como la n.o 144/19 de 8-2, n.o 116/19 de 6-2, n.o 97/19 de 4-2, n.o 76/19 de 31-1, n.o 111/19 de 6-2, por lo que no procede realizar pronunciamiento en materia de costas.

Vistos los preceptos legales y generales de aplicación.

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación de xxxx contra la mercantil xxxxx y en consecuencia:

1) Declaro la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura pública de fecha 12-4-2005, 11-7-2006 así como la nulidad de la escritura de novación modificativa de 12-12-13, y condeno a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la citada cláusula suelo, cuyo tenor se da aquí por reproducido, más intereses legales desde cada cobro, a determinar en ejecución de sentencia.

2) Se declara la nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de fecha 12-4-2005 y 13-5-2010, desestimando la pretensión restitutoria de cantidades deducida en la demanda por tal concepto relativo a gastos.

3) Se declara la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras de la escritura de 12-4-2005, teniéndola por no puesta.

4) Se declara la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora de la escritura de fecha 12-4-2005, teniéndola por no puesta, devengándose en caso de impago el interés remuneratorio.

5) Se declara la nulidad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado de la escritura de 12-4-2005, teniéndola por no puesta.

6) No se hace expresa condena en costas

Subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución.

Una vez firme la sentencia diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo (art. 22 de la ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de

veinte días (artículos 455 y ss LEC) ante este juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, exponiendo las alegaciones en las que base su impugnación, los pronunciamientos que impugna, y el precepto que resulta infringido el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante.