

UPAD CIVIL - JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ
ZIBILEKO ZULUP - GASTEIZKO LEHEN AUZIALDIKO 1 ZENBAKIKO
EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - CP./PK: 01008 TEL.: 945-004871 FAX: 945-004927

Pro.ordinario / Proz.arrunta xxx/2017 - D

SENTENCIA Nº 290/2017

En Vitoria, a 9 de noviembre de 2017

Vistos por mí, D^a. Mónica Basurto Garrido, magistrada del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Vitoria, los precedentes autos del juicio ordinario nº 114/17 en los que son partes:

DEMANDANTES: D XXXXXXXXXX asistidos por el letrado Sr. Erauskin y representados por la procuradora Sra. Martinez de Lizarduy

DEMANDADA: Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito asistida de la letrada Sra. Valero y representada por la procuradora Sra. Lascaray.

Versa la litis sobre nulidad clausula préstamo hipotecario, condiciones generales de la contratación (IRPH, gastos hipotecarios, intereses moratorios, resolución anticipada y cesión de crédito)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3/2/2017, la Sra. Martinez de Lizarduy, procuradora de los tribunales y de D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, interpone ante este tribunal demanda de juicio ordinario contra Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito alegando los hechos en que se basa, con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente y suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda se decrete lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO. En fecha 15/2/2017 se dicta decreto admitiendo a trámite la citada demanda y se ordena su traslado a la parte demandada para que la conteste en el plazo de veinte días con los apercibimientos legales oportunos.

1. Resulta acreditado que D. xxxxxxxxxxxxxxxx suscribieron el 13/8/2008 escritura pública de préstamo hipotecario ante el Notario D. Jesús Gil Bautista autorizada con el número de protocolo 296. El capital del préstamo ascendía a 207.200€, con un plazo máximo de amortización de 36 años, un tipo de interés fijo durante los primeros 6 meses y después un tipo de interés variable resultante de adicionar al tipo básico de referencia IRPH de entidades un diferencial del 0,50 puntos.

Así, en la cláusula Tercera Bis punto 2 se dice: “Identificación del tipo de interés de referencia a) Definición del tipo de interés de referencia. El tipo de interés de referencia será el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorros” publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado como referencia oficial. Dicha referencia parece definida en el Anexo VIII, apartado 2, de la Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio (BOE del 3 de agosto de 1994).”

2. En primer lugar se debe señalar que la cláusula anteriormente transcrita tiene la consideración de condición general de la contratación.

Así, para considerar la cláusula citada como condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: “La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

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

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

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

Ahondando en esta cuestión, la Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014, señala que: el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art.

3.2 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, conforme al cual "(s)e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". (...) Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba", resultando un hecho notorio que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera.

La cuestión es si la cláusula fue objeto de específica y verdadera negociación en este caso o por el contrario es una cláusula impuesta. Imposición que evidentemente no significa que se haya obligado al cliente a contratar con la demandada –o que tuviera obligación de hacerlo– sino que se trate de una cláusula que se presenta como necesaria en la oferta que la entidad efectúa al cliente y que éste no puede influir en su supresión o en su contenido. Negociación que correspondería acreditar a la demandada como empresario predisponente (art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU), prueba que no ha practicado la entidad demandada en este caso.

Además, el que la cláusula se refiera al objeto principal del contrato no excluye la naturaleza de condición general, como tampoco el hecho de que, en teoría, el prestatario pueda elegir entre distintas ofertas del mismo empresario o entre ofertas de distintos empresarios. Si lo que la entidad ofrece al cliente es una oferta global (un determinado capital, plazo de amortización, tipo de referencia, diferencial, bonificable o no, comisiones, tipo fijo inicial,...)

que el cliente solo puede aceptar en bloque o rechazar y optar por otra modalidad distinta de préstamo u otra oferta global en la que cambian sustancialmente el resto de condiciones financieras para obtener un préstamo sin la cláusula discutida, no hay verdadera negociación individual, siendo que tampoco por el hecho de haber podido negociar otras cláusulas o condiciones se excluiría el carácter no negociado de la cláusula impugnada.

Ninguna prueba existe de la efectiva negociación de la cláusula impugnada, pues la parte demandada, que es quien tiene la carga de acreditarla como empresario predisponente, no ha interesado la práctica de prueba alguna sobre esta cuestión.

En suma, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, debe concluirse que la cláusula cuestionada en el presente litigio es una condición General de la Contratación, redactada por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada.

3. Sentado que la cláusula impugnada es una condición general de la contratación y que la parte actora es un consumidor que destinaba el capital prestado a un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, hay que pasar a analizar la validez o nulidad de las cláusulas.

En la medida en que el IRPH forma parte del precio y por tanto, del elemento esencial del contrato, no es posible someterlos al control judicial de abusividad en cuanto a su contenido (desequilibrio de prestaciones), debiendo prevalecer el principio de libertad de precios que rige en toda economía de mercado y de liberalización de intereses, al estar ante un contrato bilateral, con causa onerosa y que genera obligaciones recíprocas para ambas partes.

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.

El IRPH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España.

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IRPH como "... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) refiere el IRPH de las Entidades Españolas; el apartado b) el IRPH de las entidades de la zona euro que elabora y publica el Banco Central Europeo. El Banco de España y el Banco Europeo elaboran y publican el IRPH de las entidades de la zona euro. Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas

por las entidades con sus clientes en cada periodo, y en cada periodo se publica el índice en el Boletín Oficial del Estado.

El IRPH es un índice oficial al igual que otros que también considera oficiales el Banco de España. La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de 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 sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la información al cliente, otra cosa es que el cliente haya tenido conocimiento del contenido de la cláusula que contiene el interés variable, y haya podido comprenderla, de ahí la importancia de su claridad, que no solo debe ser gramatical sino conceptual.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El art. 5.5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y añade el apartado séptimo que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En conclusión, en relación al control de incorporación, entendemos que hubo oportunidad de conocer la cláusula Tercera bis, punto 2 que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que 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 IRPH.

Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que "... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas ...", y el artículo 5 dispone que "...en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles". El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles.

La STS de 9 de mayo de 2013 en los apartados 210 y ss en relación con el control de transparencia dice: "... el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n 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".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada 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.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas 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.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

El Tribunal concluye (apartado 215): 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 otra parte la STS de 8 de septiembre de 2014 en relación a este tema (FJ 2º, apartado 9) dice: "... no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de la cláusula suelo no

formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del interés variable del préstamo ...".

Volviendo a la STS 9 de mayo 2.013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

" 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) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor ".

(...)

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] 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 ".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa ." Y Cita al

respecto el considerando decimooctavo de la Directiva 93/13, el art. 4.1 LCGC y art. 82.3 TRLCU.

Pues bien, en la información precontractual se destacaba el índice IRPH Cajas, dando a conocer a la parte actora que el tipo de interés variable a partir de la sexta cuota se calculará en base a éste índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años, la diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994. Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito realizó distintos simulaciones con el IRPH pero no realizó ninguna comparación entre el resultado que se podría obtener con la aplicación de los distintos índices

Y lo que es más importante, Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, si Unión de Crédito Inmobiliarios,

S.A. Establecimiento Financiero de Crédito hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial.

Corresponde a Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito acreditar que explicó al cliente la cláusula Tercera Bis Punto 2, la definición del tipo de interés de referencia que sirve para calcular el tipo de interés nominal aplicable mediante la adición al tipo de referencia el margen o diferencial (0,50 puntos), siendo que también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado.

Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato.

Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que se considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula Tercera Bis punto 2 que lleva acabo la “Identificación del tipo de interés de referencia “

Visto lo expuesto, procede declarar la nulidad de la citada cláusula Tercera Bis punto 2, la cual se tendrá por no puesta y condenar a la parte demandada ex art. 1303CC a devolver a actor las cantidades cobradas en exceso en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Cajas, así como al pago del interés legal devengado por cada cantidad de más así cargada desde la fecha del indebido cobro hasta el pago, y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Finalmente, ninguna manifestación se realizará en relación al índice sustitutivo previsto en la escritura hipotecaria, clausura Tercera Bis punto 2b), pues la declaración de nulidad del IRPH Cajas en ningún caso supondría o conllevaría la aplicación del índice sustitutivo, ya que no concurren los supuestos previstos en la escritura para que se pueda aplicar el índice sustitutivo, siendo además que no cabe, declarada la nulidad del IRPH Cajas, la integración del contrato mediante la aplicación del índice sustitutivo.

CUARTO. Clausula Quinta Gastos a cargo de la parte prestataria.

Dispone la cláusula QUINTA.- GASTO A CARGO DEL PRESTATARIO: Serán a cargo de la Parte Prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la Parte Prestataria:...

- a) Los gasto de tasación del inmueble y los de las sucesivas tasaciones del mismo que esa preciso practicar, cuando a juicio de la U.C.I. haya podido producirse una disminución del valor.
- b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución modificación o cancelación de la hipoteca
- c) Impuestos
- d) Los de inscripción y conservación del inmueble hipotecado así como del seguro de daños del mismo
- e) Los gasto judiciales y extrajudiciales derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la Parte Prestataria, incluidos los honorarios de abogados aunque su intervención no venga exigida en la ley
- f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones necesarias para la inscripción y liquidación de la presente escritura y de las previas necesaria
- g) Los gastos de correo teléfono u otros medios de comunicación que pudiera generarse

Para enmarcar el debate, debe recordarse que éste no puede desenvolverse por la verificación de que el consumidor ha prestado voluntariamente su consentimiento al contrato, lo que haría de aplicación la genérica previsión del art. 1.255 del Código Civil. Sin embargo, ha de recordarse que el principio de protección al consumidor y la legislación tuitiva de los derechos de éste, como declara la jurisprudencia emanada del TSJE, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (entre las sentencias del TSJE, las de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C 168/05, Rec. p. I 10421, apartado 25; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C 243/08, Rec. p. I 4713, apartado 22, y de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, Rec. p. I 9579, apartado 29). Desde esa posición de partida, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas "no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales". Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de replazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse las sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30, y de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C 137/08, Rec. p. I 0000, apartado 47).

Por otra parte, es oportuno recordar el criterio sentado por la sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2013 en el asunto C-415/11 (Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya), que establece una doctrina que debe proyectarse sobre el debate que preside la nulidad de este tipo de cláusulas. En aquella sentencia el Tribunal, en la segunda de las cuestiones que le fueron planteadas que se refería a los elementos constitutivos del concepto de «cláusula abusiva» (se trataba en aquel caso de aquellas cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal, las que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez), señala lo siguiente: "66. A este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C 472/10, aún no publicada en la Recopilación, apartado 22 y jurisprudencia citada)".

Añade la sentencia a continuación: "67 Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C 237/02, Rec. p. I 3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37). 68 Pues bien, tal como la Abogado

General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, 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. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. 69 En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. 70 En este contexto, ha de recordarse que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (véase la sentencia *Invitel*, antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada). 71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas *Pannon GSM*, apartado 39, y *VB Pénzügyi Lízing*, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovos*, C 76/10, Rec. p. I 11557, apartado 59)".

En el mismo sentido, es relevante la sentencia dictada por el mismo tribunal con fecha 16 de enero de 2014, por el que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Asturias sobre cómo ha de entenderse el desequilibrio económico que produce la cláusula que se reputa abusiva. En concreto se formulaba si el concepto de «desequilibrio importante», que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva ya mencionada para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si sólo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor, siendo que a la cuestión prejudicial planteada se respondió que “la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, 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 ese 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. Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto

del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste".

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina en sus sentencias de 12 de marzo y 22 de octubre de 2014 y estos criterios fueron aplicados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 sobre una cláusula análoga a la aquí debatida, sentencia que sirve de referencia a ambas partes para estructurar sus argumentos.

El fundamento de la sentencia del TS de fecha 23/12/2015 es el siguiente: "En este motivo se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a y c del artículo 89.3 TRLGCU (LA LEY 11922/2007), ya que solo se refieren a contratos de compraventa de viviendas. Asimismo, se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas en su favor. Así, se argumenta que el único tributo derivado del contrato de préstamo es el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario. En cuanto a los gastos, teniendo en cuenta que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, a tenor del artículo 141 LH, los gastos derivados de esta actuación le corresponden al prestatario, como sucede con los honorarios de notario y registrador. E igual ocurre con las primas del contrato de seguro de daños del bien hipotecado previsto en el artículo 8 de la Ley del Mercado Hipotecario; y con los servicios complementarios realizados a favor del prestatario y a solicitud de éste, como el informe de antecedentes previo a la cancelación de la hipoteca solicitada por el prestatario.

2.- La cláusula cuestionada es del siguiente tenor:

" Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

(...)

Decisión de la Sala :

1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.”

Expuesto lo que antecede, en cuanto a la estipulación sobre gastos de la escritura del año 2008 objeto de examen, no constando prueba alguna sobre la negociación de la misma, la cuestión es si podemos considerarla nula al amparo de lo previsto en el TRLGCU; y examinando los distintos gastos debemos distinguir:

GASTOS DE TASACION DE LA FINCA La sentencia de Pleno del TS de 23-12-2015 parte de la premisa de que el beneficiario del préstamo es el consumidor; es así que el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención del tipo de préstamo que nos ocupa, pues así resulta del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2.007, que reza como sigue: " El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley".

De ello se infiere que quien elige la modalidad de préstamo hipotecario es quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y por tanto ninguna lesión se deriva de la atribución de ese gasto; a mayor abundamiento la condición que nos ocupa no prejuzga si la tasación se efectuará por servicio propio de la entidad financiera o por profesional debidamente habilitado designado por el cliente, como permite el artículo 3 bis I.) de la Ley antes mentada cuando dispone que "las entidades de crédito, incluso aquéllas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones." La condición controvertida no limita la autonomía del consumidor para elegir el tasador que repute más conveniente.

Por lo que atribución al consumidor del pago de la tasación no resulta abusivo.

GASTOS NOTARIALES. La sentencia antes mentada del TS pondera que "si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo

517 LEC), constituye la garantía real (art. 1875 del Cc y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."

En consecuencia, la tesis del TS es que la cláusula discutida es abusiva porque "no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar

de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa"; y sentada esa premisa el Tribunal concluye que la estipulación ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). Y continúa razonando el Alto Tribunal "la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista."; así pues el TS se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista.

En la práctica más común ambos negocios jurídicos se concierten en unidad de acto y en un solo instrumento notarial, de manera que generalmente no se pueden diferenciar el coste del préstamo del que corresponde a la garantía, lo cual conllevaría entenderse como más ajustado un reparto equitativo del citado gasto entre ambas partes.

Ese mismo razonamiento nos sirve en cambio para descartar cualquier sospecha de abusividad en la atribución de los gastos de cancelación de la hipoteca al consumidor pues obviamente este es el único interesado en la liberación del gravamen como propietario del inmueble.

GASTOS DERIVADOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA. La norma

octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o 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, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

Es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco y se considera que en efecto es abusiva.

GASTO POR EL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. En principio es conforme con la legislación que regula la tributación por este concepto, toda vez que el art. 8 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Estableciendo el art. 15.1 del mismo texto refundido que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Obligación tributaria a cargo del comprador y prestatario que reitera el art. 68 del Reglamento de este impuesto dado que en el mismo al determinar el contribuyente establece

que "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que lo insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario".

Es por ello que en este caso el pago del impuesto corresponde a la parte actora quedando por completo al margen la entidad financiera.

COSTAS GASTOS PROCESALES o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista. Los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los artículos 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (artículo 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo, (artículo 561.2 LEC); Y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex artículo 86 TRLCU y artículo 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaerá todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el artículo 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo, (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma.

GASTOS DE GESTORÍA, la labor que presta la gestoría es en cuanto a la operación del préstamo hipotecario se realiza en favor de ambas partes, pues el cliente está interesado en el préstamo y el Banco en la hipoteca por los que los gastos derivados de la gestoría en relación a la operación de préstamo hipotecario se deberían dividir entre las partes motivo por el cual la atribución en exclusiva a la parte actora resulta abusiva.

GASTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO DE DAÑOS, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal, (artículo 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el

sentido prohibido por el artículo 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. En todo caso, la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al artículo 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

Visto lo expuesto procede declarar la nulidad, por tener el carácter de abusiva, de la cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario en los términos expresado anteriormente, si bien, no procederá condenar a la entidad demandada al reembolso de cantidad alguna, toda vez que D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no han aportado a los autos las facturas o los justificantes de pago que acrediten los conceptos que han abonado ni los importes pagados por ellos (art. 219.1LEC), siendo que tal documentación fundamenta la acción de reembolso (art. 1158CC) que realizan frente a la entidad financiera (art. 265LEC).

QUINTO. Clausula Sexta Interés de demora y resolución anticipada

Dispone la cláusula Sexta Interés de demora y resolución anticipada

h) Interés de demora. Las obligaciones dinerarias de la Parte Prestataria derivadas del préstamo, vencidas y no satisfechas devengarán intereses de demora de acuerdo con las siguientes condiciones:

1º La cuotas vencidas e impagadas devengarán desde su vencimiento interés de demora calculado al tipo del 18,00 por ciento, aplicable sobre cada cuota vencida.....

i) Resolución anticipada. A) No obstante el vencimiento pactado, U-C.I podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la Parte Prestataria, cuando esta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por las siguientes causa.....

1. En cuanto a los intereses de demora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44).

En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público

comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

Pues bien, tal y como venimos refiriendo al respecto, para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse "no negociada" y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla, basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

La exégesis de dicha norma lleva a 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, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad es preciso que el profesional o empresario pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.

Llegados a este punto, debemos recordar que el art. 6.1 Directiva 1993/13/CEE es una norma imperativa que protege no solo intereses particulares sino también intereses generales, tanto de los consumidores como del mercado en general. El art.

7.1 de dicha norma exige a los Estados miembros que velen por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para

que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

Por ello el TJUE ha afirmado reiteradamente, desde la sentencia de 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial, que la Directiva impone a los jueces nacionales actuar de oficio en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores. En el párrafo 26 de esta sentencia, el TJUE afirmó que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. De ello, el TJUE dedujo que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula.

La STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto, en sus párrafos 41 y siguientes, declaró que con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

La STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, declaró en su párrafo 23 que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.

Pues bien, la Ley 1/2013 adecúa nuestra normativa a las exigencias derivadas de la conocida STJUE 14 de marzo de 2013 que trae causa de la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en el procedimiento entre un particular (Aziz) y la entidad bancaria (Catalunya Caixa), conocida como “caso Aziz”.

Con la finalidad de ajustar la regulación de las ejecuciones hipotecarias a la exigencia de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, de permitir que se valore la abusividad de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en el propio proceso de ejecución, la Ley 1/2013 acoge un mecanismo procesal para la determinación de la categoría de abusiva o no de alguna de las cláusulas del contrato financiero garantizado con la hipoteca.

Esta novedad fue más procedimental o formal que sustancial ya que desde el año 2000 (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de Junio) se venía consagrando la facultad del juez, desde el momento del examen de admisibilidad de la demanda, para apreciar, de oficio, en cualquier procedimiento (incluido el de ejecución hipotecaria), la abusividad de una estipulación contractual. Ninguna novedad esencial, por tanto, salvo que el control de las cláusulas abusivas ya cuenta con refrendo legal expreso.

Volviendo a la Ley 1/2013, se debe indicar que en la misma se introdujo un nuevo párrafo tercero al art. 114 LH, según el cual los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el tipo del interés legal del dinero en las hipotecas sobre vivienda y se prohíbe su capitalización.

Por su parte, la Disp. Trans. 2.^a Ley 1/2013 en su párrafo tercero dispone que en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta ley (esto es, el 15 de mayo de 2013), y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé la cantidad debida en concepto de intereses de demora, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la referida disposición.

Y en el párrafo segundo de la Disp. Trans. 2.^a se establece que la limitación en la cuantía de los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual serán de aplicación a los préstamos hipotecarios celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

En consecuencia, esta Disposición Transitoria parece querer decir que el ejecutante de la hipoteca debe recalcular la cuantía de los intereses de demora hasta la cifra máxima prevista en el art. 114 LH (tres veces el interés legal del dinero, que para el año 2008 era de 5,50%), a pesar de que conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en concreto, a su art. 6.1, si los intereses moratorios son abusivos, la cláusula que los establece se considera nula y los jueces no están facultados para modificar su contenido (STJUE 14/6/2012), por lo que la cláusula abusiva debe ser eliminada, se tiene por no puesta y los jueces no pueden recalcular la cuantía de los intereses moratorias para fijarlos en el límite de lo no abusivo (conforme a lo dispuesto en el art. 83 TRLGDCU).

Pues bien, la STJUE de 21 de enero de 2015 responde a varias consultas al respecto que realizó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 2 de Marchena siendo que concretamente a lo que a nuestro asunto atañe resolvió que la disp. Trans. 2.^a de la Ley 1/2013 no es contraria a la Directiva 93/13/CEE si se entiende que, a pesar de lo dispuesto en la citada Disp. Trans. 2.^a, cuando la cláusula sea considerada abusiva, el juez tendrá que decretar su nulidad, sin poder recalcular en modo alguno la cuantía de los intereses moratorios. Y ello es así, según el TJUE porque el régimen de los intereses moratorios establecido en la Ley 1/2013 no tiene conexión alguna con el de las cláusulas abusivas de la mencionada directiva y, por tanto, nada impide que el juez pueda seguir considerando la cláusula abusiva a pesar de lo dispuesto en su Disp. Trans. 2.^a, por lo que si se estima que la cláusula es nula, se podrá declararlo con los efectos que establece la doctrina del TSJUE, es decir su inaplicación.

Visto lo expuesto, teniendo en cuenta que el interés legal del dinero para el 2008 se fijó en un 5,5% conforme a la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, el establecimiento de un interés de demora de un 18%, es decir por encima del límite que recoge la Ley 1/2013, el cual a su vez es superior al aplicable a los descubiertos en la Ley de contratos de crédito al consumo, nos lleva a concluir que la citada clausula es abusiva ex art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues aunque es indudable que el interés moratorio cumple la función de liquidar el daño del incumplimiento para la entidad

prestamista, y además una cierta finalidad sancionadora o punitiva para dicho supuesto de incumplimiento, tales finalidades no pueden implicar que la cláusula de interés moratorio no deba nunca considerarse abusiva, pues parece igualmente evidente que lo será conforme a las propias disposiciones legales cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor como sucede en el presente caso.

Por tanto procede declarar la nulidad de la cláusula de intereses moratorios incluida en el préstamo con garantía hipotecaria objeto de este procedimiento, la cual se tendrá por no puesta.

Señalar que esta juzgadora no desconoce el contenido de la STS 22/4/2015, dictada en el caso de préstamo sin garantía real, en cuanto a lo expuesto en ella en relación a la aplicación de los intereses remuneratorios cuando se ha declarado nula la cláusula de interés moratorio, postura que por cierto se ha reiterado en la STS 8/9/2015, si bien, siguiendo la doctrina del TJUE expuesta anteriormente en aplicación de lo dispuesto en el art. 7 Directiva 1993/13/CEE no se integrará el contrato con la previsión de la cláusula de interés remuneratorios, la cual fija la retribución que recibe la entidad financiera a cambio de la cantidad prestada mientras que el contrato está vigente que no cuando se ha resuelto de manera anticipada por el incumplimiento del prestatario.

Finalmente indicar que no consta acreditado que D.xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx hayan entrado en mora por lo que no consta que por tal concepto la entidad financiera haya cobrado algo a la parte actora.

2. Por otro lado, en relación al vencimiento anticipado el hecho de que la cláusula figure en un contrato evidencia que ha sido conocida y aceptada (en otro caso estaríamos hablando de falta de consentimiento, constitutivo de nulidad radical del contrato por falta de un elemento esencial o, en su caso, de un acto delictivo). Lo relevante, a los efectos que nos ocupan, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios, como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y en el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula objeto de examen no fue objeto de una negociación individualizada.

La inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria parte de la idea de que el vencimiento anticipado del crédito lleva aparejado el de la hipoteca que garantiza el mismo. De ahí que el art.

693.1 LEC exija que el pacto de vencimiento anticipado se haga constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente, ya que afecta de forma inmediata a la garantía real: cuando se rescinda la operación, el consumidor pasa a adeudar la totalidad del principal pendiente y el prestamista podrá cobrarse la deuda a través de la garantía real, normalmente la finca hipotecada.

La hipoteca se define como un derecho real de garantía, por el que uno o más bienes quedan afectos al cumplimiento de una determinada obligación; es un derecho de realización de valor, que autoriza al acreedor que no ha cobrado al vencimiento a embargar y vender el inmueble para pagarse con el precio obtenido.

Por su parte, la acción hipotecaria puede ejercitarse, directamente contra los bienes hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V, o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129.1 LH). En el primer caso, el procedimiento parte de una tasación preexistente y de la inmediata convocatoria de subasta, que tiene por objeto de la venta y adjudicación del bien, para con su importe hacer frente a la deuda garantizada.

Aunque legalmente está prevista la ejecución solo por la parte impagada de la deuda, el presupuesto de partida del procedimiento especial es la reclamación del todo, lo que explica la inclusión de la cláusula de vencimiento anticipado en las escrituras de préstamo como práctica bancaria inveterada. La reclamación de parte de la deuda a través de este cauce, aunque viable, tropieza con la razón de ser de la institución, que atiende a la venta del bien como fórmula de pago de la deuda en su totalidad.

Pues bien, la conocida sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Aziz) sin declararlo de manera expresa, refirió que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: “En particular, 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, como señaló la Abogado General en los puntos

77 y 78 de sus conclusiones, 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”.

Por su parte el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015, establece que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo -en el sentido del artículo

3.1 de la Directiva- de una cláusula de un contrato entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que la 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 ("a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una "cláusula abusiva", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica" (apartados 49 y 50 de la resolución").

Y además, el TJUE establece, en su sentencia de 26 de enero de 2017, los efectos de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, señalando al efecto:

71 Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

73 Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- 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 (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).

74 En estas condiciones, tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio

principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

75 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima que la Directiva 93/13 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, 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.

Es por ello que la cláusula si resulta nula no puede tener efecto alguno, debe sin más excluirse del contrato, sin integración ni aplicación de derecho interno supletorio, ni, más concretamente, del art. 693.2 LEC, según dispone la mencionada sentencia, no resultando relevante a estos efectos, si la versión actual o la existen al momento de interponerse la demanda de ejecución. Merece la pena resaltar la remisión de la STJUE a las conclusiones del abogado general, concretamente al punto 85, según el cual:

En el presente caso, el hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el impago de siete mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta en la apreciación de una cláusula contractual que tenía en realidad por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad. Cabe observar, a este respecto, que, en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo.

Y añade en el punto 86 : Además, de una reiterada jurisprudencia se desprende que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. (51) El Tribunal de Justicia únicamente ha aceptado esa posibilidad en el caso de la anulación de un contrato en su totalidad, para evitar consecuencias especialmente perjudiciales a las que el consumidor podría quedar expuesto, (52) circunstancia que no se da en el asunto principal, dado que la cláusula controvertida es accesoria y separable del resto del contrato de préstamo.

Resultaría contradictorio con lo hasta aquí expuesto que, declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y no debiendo por lo tanto producir efecto alguno, debiendo ser expulsada íntegramente del contrato, que sin embargo se produzcan los efectos como si dicha cláusula no hubiera sido realmente declarada nula, es decir, permitiendo un vencimiento anticipado inexistente en el título que sirve de fundamento y base a la ejecución.

Así, el TJUE para proceder a declarar la cláusula como abusiva y para determinar las consecuencias que deben extraerse de tal carácter abusivo, considera irrelevante que el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de varias mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato

controvertido, de forma que ello no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

Visto lo expuesto, a la vista del contenido de la cláusula 6ª de la escritura hipotecaria objeto de ejecución no puede sino concluirse que la cláusula ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, sin que por otra parte pueda inferirse razonablemente que la parte ejecutada pueda verse beneficiada con la ejecución por el total de la suma prestada aplicando dicha cláusula,; así las cosas, procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula 6ª de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria objeto de esta Litis

SEXTO. Clausula Decimotercera. Cesión del crédito.

La cláusula decimotercera dispone: “Cesión del crédito. U.C.I. podrá ceder el crédito que se derive de este Contrato a un tercero, o emitir una participación hipotecaria que lo represente sin la necesidad de notificación de la cesión a la Parte Prestataria, quien renuncia expresamente a este derecho.”

La cláusula se limita a recoger la renuncia a la notificación de la cesión del crédito. La cláusula es breve y sencilla si nos fijamos en su redacción, lo que se ajustaría al artículo 5 de la LCGC, mas no se reputa que satisfaga la necesaria transparencia material conforme al artículo 5 de la Directiva si no va unida de una explicación que no se acredita le fuera dada.

En lo referente a su abusividad, hemos de partir de que el artículo 149 de la Ley Hipotecaria no precisa para la validez de la cesión del crédito hipotecario que este sea notificado al deudor tras la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

El artículo en su versión actual y vigente al tiempo de celebrarse el contrato objeto de autos dispone que:

"El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil . La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad".

El RH en su artículo 242 dispone sin embargo que de la cesión del crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor, por lo que su derecho a la notificación se mantiene en la legislación, salvo en el caso de que se renuncie a él. Su tenor literal es el siguiente:

"Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley".

Ello supone que el deudor tiene derecho a que la cesión le sea notificada y su renuncia insertada en una condición general de la contratación debe considerarse abusiva de conformidad con el artículo 86.7 del TRLGDU.

El fundamento de derecho decimocuarto de la STS 16/12/2009 declara la abusividad de una cláusula de renuncia a la notificación de una cesión de contrato, si bien el propio Tribunal Supremo hace extensible su conclusión al supuesto de la cesión del crédito hipotecario:

"Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006 , 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008, 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006 , 8 de junio de 2.007 , 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª -reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del Contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 -imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero , de la LGDCU.

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198, 1.527 y 1.887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001 , 15 de julio de 2.002 , 26 de marzo y 13 de julio de 2.004, 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación "contra proferentem" (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts.1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil . Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ªLGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002

). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)".

La cláusula se declara nula por razón de abusividad y se tiene por no puesta en el contrato.

SEPTIMO. De acuerdo al principio del vencimiento dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC estimada la demanda en lo sustancial, procede hacer expresa condena en las costas de este procedimiento a la parte demandada.

FALLO

Que estimando la demanda formulada por D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx contra Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito debo declarar la nulidad, de la cláusula IRPH del contrato, cláusula Tercera Bis punto 2, de préstamo hipotecario firmado por las partes el 13/8/2008, número 296 del protocolo del Sr. Notario D. Jesus Gil Bautista, debiéndose condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general, y por tanto.

Debo condenar y condeno a Unión de Crédito Inmobiliarios, S.A. Establecimiento Financiero de Crédito a devolver a D. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx las cantidades cobradas en exceso en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir a partir de al seta cuota, así como al pago del interés legal devengado por cada cantidad de más así cargada desde la fecha del indebido cobro hasta el pago, y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Igualmente, debo declarar la nulidad, por tener el carácter de abusiva, de la cláusula 5ª del contrato de préstamo hipotecario anteriormente identificado, en los términos expresados en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución debiéndose condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general, manteniendo la vigencia del resto del contrato

Procede también declarar la nulidad, por tener el carácter de abusiva, de la cláusula 6ª del contrato de préstamo hipotecario anteriormente señalado debiéndose condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general, manteniendo la vigencia del resto del contrato

Finalmente, debo declarar la nulidad, por tener el carácter de abusiva, de la cláusula 13ª del contrato de préstamo hipotecario anteriormente reseñado, debiéndose condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general, manteniendo la vigencia del resto del contrato

Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe interponer ante este tribunal recurso de apelación en ambos efectos en el plazo de 20 días, contados desde el siguiente al de su notificación (art. 458 LEC 1/2000 de 7 de enero, modificada por Ley 37/2011 de 10 de octubre) y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Álava.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco BANESTO con el número 0009 0000 04 0114 17, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída, en el día de su fecha por el Juez que la dictó y firmó, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.