



## JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 CIUTADELLA DE MENORCA

SENTENCIA: 00109/2017

C/ REPÚBLICA ARGENTINA S/N - CIUTADELLA DE MENORCA  
Teléfono: 971481419-971481544, Fax: 971480688  
Equipo/usuario: 01  
Modelo: N04390

N.I.G.: 07015 41 1 2017 0000086

### ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000041 /2017

Procedimiento origen: /

#### Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña.  
Procurador/a Sr/a. JUAN MANUEL MARQUES BAGUR  
Abogado/a Sr/a. MARIA IZASKUN SALVADOR ANDUEZA  
DEMANDADO D/ña. CAIXABANK, S.A.  
Procurador/a Sr/a. MONTSERRAT MIRO MARTI  
Abogado/a Sr/a. VANESSA AUCEJO SANCHO

## S E N T E N C I A n°109/2017

En Ciutadella de Menorca, a veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, Dña. María Vanessa Cubells Barbena, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de Ciutadella de Menorca, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos en este Juzgado con el número 41/2017, promovidos a instancia de Dña.

representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Marqués Bagur y asistida por la Letrada Dña. María Izaskun Salvador Andueza, contra la entidad CAIXABANK S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Montserrat Miró Martí y asistida por la Letrada Dña. Vanessa Aucejo Sancho, resultando los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de la parte demandante se formuló demanda de juicio ordinario, en la cual, tras citar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de pertinente aplicación, suplicaba al Juzgado el dictado de sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad del Pacto Tercero Bis-Interés variable del contrato de crédito abierto con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual de fecha 15 de diciembre de 1998 por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y por su carácter abusivo, manteniéndose la vigencia del contrato sin el pacto mencionado.

2.- Se declare la nulidad del Pacto Quinto-Gastos a cargo de la parte acreditada por infracción de normas imperativas y por su carácter abusivo, manteniéndose la vigencia del contrato sin el pacto mencionado.

3.- Se declare la nulidad del Pacto Sexto-Intereses de Demora del referido contrato, por su carácter abusivo e infracción de normas imperativas, manteniéndose la vigencia del contrato sin el pacto mencionado.

4.- Se condene a la entidad demandada a restituir a la actora el total de las cantidades cobradas por las disposiciones efectuadas, en concepto de interés remuneratorio en aplicación de dicho índice de referencia y su sustituto así como el interés legal de las cantidades reintegradas. Cantidades a determinar en ejecución de sentencia.

5.- Se condene a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades cobradas a ésta por gastos derivados de la escritura del crédito abierto con garantía hipotecaria, así como el interés legal de las cantidades reintegradas. Cantidades a determinar en ejecución de sentencia.

6.- Se condene a la entidad demandada a abonar a la parte demandante el interés legal elevado en dos puntos desde la publicación de la sentencia hasta la completa satisfacción de las cantidades debidas.

7.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas de acuerdo con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5º) Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

**SEGUNDO.-** Admitida y tramitada la demanda en legal forma, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándole para que la contestara por escrito en el plazo de veinte días, con apercibimiento de que, en caso de no comparecer, sería declarada en rebeldía.



**TERCERO.-** Contestada la demanda en tiempo y forma, se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa, admitiéndose como prueba la documental propuesta, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaron en ese momento los autos vistos para dictar sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del procedimiento se han observado, en lo esencial, las prescripciones legales

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se ejercita por la parte demandante acción de nulidad de la cláusula inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito el 15 de diciembre de 1998, relativa al tipo de interés variable establecido como tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, de las cajas de ahorro, conocido como "IRPH", por infracción de normas imperativas y por falta de transparencia en la información precontractual unida al carácter abusivo de la misma.

Asimismo, se ejercita acción de nulidad de las cláusulas insertas en el contrato relativas a los gastos de constitución de la hipoteca y a los intereses de demora, por su carácter abusivo e infracción de normas imperativas.

Se mantiene por la parte actora que la entidad demandada no comunicó a la demandada ni a su entonces cónyuge, la información relevante, veraz y suficiente de forma comprensible y adaptada a las circunstancias, ni las características esenciales del contrato y en particular las condiciones jurídicas y económicas del Pacto tercero Bis, considerando dicho pacto de difícil interpretación y comprensión para los consumidores, siendo que no existió una negociación individualizada más allá de la simple información precontractual, ni ofrecimiento de otras alternativas.

Frente a ello se opone la demandada, con base en los hechos y fundamentos de derecho que constan en el escrito de oposición a la demanda, que se tienen por reproducidos.

**SEGUNDO.-** Entrando a resolver la cuestión objeto de controversia, comenzaremos por la primera de las peticiones efectuadas, esto es, la declaración de nulidad de la cláusula relativa al IRPH, con las consecuencias inherentes a dicha declaración.



En todo caso, debe partirse de la condición de consumidora que ostenta la demandante, conforme al artículo 3 de la LGDCU, según el cual "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión", hecho que no ha sido objeto de controversia.

Conviene comenzar señalando que el IRPH Entidades es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1 de noviembre de 2013. Tal y como describe el informe del Banco de España, a modo de introducción: "El Banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades".

Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define 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. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del



mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La jurisprudencia, al respecto señala lo siguiente, entre otras, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, de fecha 10 de marzo de 2016: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (...). Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado". Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015. La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba. Por otra*



parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

La segunda: "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

Por lo que respecta al supuesto que nos ocupa, como se indica en el informe pericial aportado por la demandada, el IRPH es la media obtenida a partir de los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios con un plazo superior a tres años que han sido concedidos por los bancos o cajas (o por la media de ambos) durante el mes.

Por otro lado, siguiendo con lo anterior, debe distinguirse entre la posibilidad de someter a control de transparencia las cláusulas impugnadas y el control de abusividad. En relación a la primera de las cuestiones, concluye la Sentencia de la AP de Álava de 10 de marzo de 2016 que: "en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe

abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, sólo podemos analizar el control de transparencia que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significaba".

En relación a la primera cuestión, tras citar los párrafos 188, 189 y 190 de la STS de 9 de mayo de 2013, entiende que si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato, con más razón lo será la cláusula que define el interés remuneratorio. Y en relación a la segunda, tras citar la STJUE de 3 de marzo de 2010, señala:

*"Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.*

*La Sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado con este motivo de recurso: "El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]". Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte,*

precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" . Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g ), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.



*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".*

*Aunque conforme a lo argumentado por la AP de Álava no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia ¿doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores.*

*a)- En primer lugar mantiene la demandada que la cláusula que establece el tipo de referencia no tiene naturaleza de condición general de la contratación, ni puede ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.*

*La primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales: "reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".*

*La demandada sostiene que se trata de un índice oficial y que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12). Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice IRPH un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado en el Fundamento anterior, en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello.*

Por ello, no puede admitirse que no le sea aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma.

Sostiene también la demandada, en cuanto a la nulidad de la cláusula (así como también en relación con las demás cláusulas impugnadas), que se trata de cláusulas que fueron negociadas antes de formalizarse el crédito, hace ahora más de quince años, y sobre cuya trascendencia y efectos tuvo perfecto conocimiento la demandante, siendo además manifiestamente transparentes y fáciles de comprender.

Pues bien, para considerar la cláusula discutida (y lo mismo respecto de las demás cláusulas impugnadas por la parte actora) 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 9 de mayo de 2013, a saber: "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:

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.

d) 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.

e) 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.

f) 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".

Por su parte, la Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14 de mayo de 2014 señala que: "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".

Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, es 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 y que la propia escritura pública advierte de la existencia de condiciones generales de la contratación. Constituye igualmente un hecho notorio que al menos determinadas entidades utilizaron durante un tiempo este tipo de cláusulas limitativas de la

variación del tipo de interés en una pluralidad de contratos. La cuestión por tanto es si la cláusula fue objeto de específica y verdadera negociación en este caso tal y como mantiene la demandada o por el contrario se trata de una cláusula impuesta, negociación que correspondería acreditar a la demandada como empresario predisponente. La demandada insiste en negar la naturaleza de condición general de la contratación de la cláusula impugnada, si bien los argumentos que utiliza no pueden ser aceptados porque se oponen a la jurisprudencia antes citada. 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, y tampoco por el hecho de haber podido negociar otras cláusulas o condiciones.

La parte demandada, que es quien tiene la carga de probar que dicha cláusula fue efectivamente negociada de forma individual, en su condición de empresario predisponente, ninguna prueba objetiva aporta que indique que la cláusula en cuestión fue fruto de efectiva negociación, por lo que, no habiéndose aportado prueba en contrario, debe concluirse que la cláusula impugnada no fue objeto de negociación individual, sino que fue unilateralmente impuesta, en el sentido de no negociada, y por tanto, es una condición general de la contratación.

Por tanto resulta plenamente aplicable la ley de condiciones generales de la contratación y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores.

En relación al primero de los controles, el de transparencia, sostiene la jurisprudencia, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2014, lo siguiente: *"En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, ( artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU ) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las*

consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014 ). De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014 ). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos

efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Además, el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 2013, señaló lo siguiente: "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Y por lo que respecta al segundo de los controles, no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa. Y es que la única referencia al posible cumplimiento de las disposiciones de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, son las indicaciones que realiza el Notario en la escritura pública. Ciertamente la demandante no discute lo que referencia el Notario en la escritura pública aportada por ella misma, luego habrá que entender que aún sin haber visto la Oferta Vinculante y la forma en la que en la misma se pudiera referir al tipo de referencia principal y sustitutivo, el control de inclusión, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de incorporación de la cláusula se ve superado, por no ser

discutido por la actora. Lo que expresamente se cuestiona en la demanda es que se le proporcionara información suficiente en orden a alcanzar una comprensibilidad real, es decir, a conocer qué es y cómo se configura el IRPH, su comportamiento histórico en relación a otros índices y desde luego a la posibilidad de optar por otro índice de referencia.

Y en relación a este extremo, sostiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013 lo siguiente: *"El artículo 80.1 TRLCU dispone que "[en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"(...). 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. 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. 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". Y añade: "El Tribunal concluye: "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; y 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.

Y para determinar que la cláusula analizada no es transparente la citada Sentencia 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".*

Aplicando ello al supuesto que nos ocupa, y en relación a la información que se debería haber facilitado a la prestataria en el curso de la oferta comercial para satisfacer las exigencias de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula, no existe prueba alguna. No hay documentación alguna que refleje las explicaciones que se deberían haber dado al cliente acerca del comportamiento de este índice y singularmente del hecho de ser un índice que siempre se ha situado por encima del Euribor. Corresponde a la entidad demandada acreditar que explicó al cliente la cláusula que contiene el interés variable, correspondiéndole también 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, extremo este que no se ha acreditado en modo alguno.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia y por ello debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato.

### **TERCERO.- Consecuencias de la nulidad:**

En relación con las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula impugnada, la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 declaraba en el punto décimo del fallo que no había lugar a la retroactividad de la sentencia, no afectando a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma.

Debe señalarse que diversos Juzgados y Tribunales aplicaron dicha doctrina a los juicios en los que se ejercitaba una acción individual de nulidad de las cláusulas suelo, frente a la acción colectiva que se dilucidaba en el asunto resuelto por el TS, y en virtud de ello determinaban en sus sentencias estimatorias que la entidad financiera solo debía devolver las cantidades que se cobraran en aplicación de la cláusula suelo a partir de la declaración de nulidad, mientras que otros, estimando que los argumentos que se empleaban en la citada sentencia no eran trasladables directamente a los pleitos en los que se ejercitaban acciones individuales de nulidad y que debía primar la regla de no vinculación que establece la Directiva 93/13 (art. 6.1), declaraban la plena aplicación del art. 1303 CC, amparándose en la Jurisprudencia de TJUE y del propio TS en otros casos ajenos a las llamadas cláusula suelo.

El siguiente hito importante en esta materia es la STS de 25 de marzo de 2015, que en un asunto en el que se ejercitaba una acción individual de nulidad asume y reitera el criterio de la "irretroactividad", aunque ahora con carácter limitado. Señala que aunque la regla general en el caso de ineficacia de los contratos, o de algunas de sus cláusulas, es destruir sus consecuencias o restituir las cosas al estado anterior como si la cláusula declarada nula nunca hubiera existido, lo que se traduce en las consecuencias que resultan del art. 1303 CC, sin embargo, entiende que no obstante la regla general, en aplicación del principio de seguridad jurídica, es posible limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad.

De ello se desprende que si bien la regla general es la irretroactividad, no se trata de un criterio vinculante para el juzgador, pudiendo considerar plenamente aplicable, en el caso de acciones individuales de nulidad, lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil.

Atendiendo a lo expuesto, declarada nula la cláusula Tercera bis sobre tipo de interés de referencia, "IRPH", inserta en el contrato, debe declararse la expulsión de la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario, que no obstante subsiste sin la misma, y en consecuencia procede reponer a la parte demandante en la situación en la que debería encontrarse de no haber existido nunca la cláusula nula, lo que implica que la entidad demandada debe restituir las cantidades cobradas en virtud de la cláusula desde la primera activación de la misma hasta la efectiva supresión de ésta, y por diferencia de lo que tendría que haber cobrado a la prestataria de no existir la cláusula, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia.

A dicha cantidad se debe añadir, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1303, 1100 y 1108 CC, el interés legal del dinero desde la fecha del cobro de las cantidades señaladas hasta el pago íntegro; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC.

**CUARTO.-** Se interesa por la parte demandante la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos de constitución de la hipoteca, con base en los mismos argumentos esgrimidos en relación con la cláusula tercera bis. Pues bien, la cuestión que nos ocupa, esto es, la imposición al prestatario de los gastos originados por la constitución, modificaciones y cancelación de los préstamos hipotecarios es una materia que actualmente ya es objeto de litigio ante los tribunales, llegando incluso a conocimiento del Tribunal Supremo, que en la sentencia 705/2015, de 23 de septiembre, estudia la conformidad de una cláusula de esta naturaleza, analizando cada uno de los diferentes gastos que la escritura imponía al prestatario, analizando su abusividad.

En este sentido, la citada sentencia viene a decir lo siguiente en relación con la cláusula relativa a los gastos de constitución de la hipoteca:

*"1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en*

ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

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

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si

bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

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

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y

que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

4.- En lo que atañe a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no parece que esta previsión sea desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo. Pero, en todo caso, se trata de una previsión inane, puesto que la obligación de pago de la prima del seguro corresponde al tomador del mismo, conforme al art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer



frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

La jurisprudencia anteriormente mencionada es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, entendiendo que nos encontramos ante una condición general de la contratación, por cuanto se trata de un préstamo suscrito entre un profesional y un consumidor, en el sentido del apartado 1 del artículo 1 LCGC que dispone que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Por otro lado, la parte demandada, que es quien tiene la carga de probar que dicha cláusula fue efectivamente negociada de forma individual, en su condición de empresario predisponente, ninguna prueba objetiva aporta que indique que la cláusula en



cuestión fue fruto de efectiva negociación, por lo que debe concluirse que la cláusula impugnada no fue objeto de negociación individual, sino que fue unilateralmente impuesta, en el sentido de no negociada, y por tanto, es una condición general de la contratación.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la jurisprudencia, tal como se ha visto, entiende que la obligación de asumir los gastos notariales y registrales corresponde a la entidad bancaria acreedora, fundamentándolo en que es precisamente dicha entidad la parte que tiene "el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria" pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), constituye la garantía real (arts. 1875 del Código Civil y 2.2. de la Ley Hipotecaria) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello se considera que en la operación de constitución del préstamo hipotecario, la principal interesada es la entidad prestamista.

En cuanto a la escritura de constitución del préstamo hipotecario, por aplicación de la jurisprudencia transcrita y en particular, por el relevante desequilibrio que provoca la mencionada cláusula, que el consumidor no habría razonablemente aceptado en el marco de una negociación individualizada y ya que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas, procede declarar abusivo el inciso de la cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos notariales y registrales, contenido en la cláusula quinta de la escritura de constitución de préstamo hipotecario de fecha 26 de abril de 2007.

Y en relación con los demás gastos impuestos (tributos, gestoría, tasación) tanto porque dicha cláusula contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, debe considerarse igualmente abusiva y por tanto nula.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad, declarada nula la cláusula "gastos" inserta en el contrato, debe declararse la expulsión de la citada cláusula del contrato de préstamo hipotecario, que no obstante subsiste sin la misma, y en consecuencia procede reponer al demandante en la situación en la que debería encontrarse de no haber existido nunca la cláusula nula.

Pese a que por la demandada no se han aportado facturas ni documentos acreditativos de los gastos, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 217.7 de la LEC, según el cual "el tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio", disponibilidad y facilidad probatoria que sin duda tiene la entidad demandada, dada su prevalencia en este tipo de supuestos,

Ello implica que la entidad demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, debe restituir al demandante las cantidades indebidamente cobradas para la formalización de la hipoteca, cantidades que se determinarán en ejecución de sentencia. A dicha cantidad se debe añadir, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1303, 1100 y 1108 CC, el interés legal del dinero desde la fecha del cobro de las cantidades señaladas hasta el pago íntegro; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC.

**QUINTO.-** Interesa igualmente la parte actora la declaración de nulidad la cláusula relativa a los intereses de demora por su carácter abusivo y por falta de reciprocidad y transparencia, constando que en la escritura del préstamo se fija un interés de demora del 20,50%.

En consonancia con las SSTJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, La STS de 9 de mayo de 2013 establece que *"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"*.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 declara en relación con los intereses de demora la comprobación del tipo de interés moratorio fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.



Para los nuevos préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, el actual artículo 114 LH ha establecido que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero. El límite de tres veces el interés legal ha sido aplicado a escrituras de préstamos hipotecarios anteriores a la reforma operada en resoluciones como el auto de 15 de mayo de mayo de 2013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia. Para todo tipo de contrato que afecte a consumidores, sin perjuicio de tener cuenta las circunstancias concurrentes y las restantes cláusulas contractuales (STJUE 23 de febrero de 2.013) o que exista norma expresa para ese contrato, se ha adoptado como pauta orientativa en Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia entender abusivo los intereses que excedan del triple del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato, criterio que también ha sido adoptado en la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2013.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de junio de 2016, y por lo que a los intereses de demora se refiere, señala lo siguiente: "(...) En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento: «en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.» La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un

*incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».*

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

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

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

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



ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

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

Siendo ello enteramente aplicable al supuesto que nos ocupa, por cuanto se establece en el contrato un interés de demora del 20,50%, debe considerarse que este interés es manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, por lo que procede considerarlo abusivo, con los efectos ampliamente analizados en el fundamento de Derecho tercero en cuanto a la consecuencia de declarar nula una cláusula, es decir, tenerla por no puesta.

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar en costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido rechazadas, por aplicación del principio objetivo de vencimiento.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLO**

Que estimando la demanda interpuesta por Dña.  
ntra la entidad CAIXABANK,

DECLARO:

- La nulidad de pleno derecho del Pacto Tercero Bis “Tipo de interés variable. Segunda fase”, del contrato de préstamo suscrito el 15 de diciembre de 1998, del siguiente tenor literal:

“A. Tipo de Interés nominal.

El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los períodos de revisión de esta fase será igual a la suma del

Índice de Referencia y del Diferencial, redondeada, si es necesario, en la cifra más próxima al múltiplo superior de 0,25.

B. Índice de Referencia Adoptado.

El "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Este índice se define por el Anexo VIII, apartado 2 de la Circular 8/90 del Banco de España, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorros en el mes a que se refiere el Índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular.

El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

El Índice de referencia que se tendrá en cuenta será el último publicado en el Boletín Oficial del Estado, al último día del tercer mes natural anterior al del inicio de cada período de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la resolución que lo define.

C. Índice de Referencia Sustitutivo.

No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el Índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como Índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por dicho Banco con periodicidad mensual en el BOE.

El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular.



Si se reemprendiese la publicación en el BOE del Índice de Referencia Adoptado o del Sustitutivo, volverán a utilizarse con preferencia del primero sobre el segundo, para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente al siguiente período de revisión determinado con arreglo al epígrafe B) del anterior pacto.

D. Diferencial.

Es una magnitud porcentual invariable durante toda la vigencia del crédito".

- La nulidad de pleno derecho del Pacto Quinto, "Gastos a cargo de la parte acreditada", en los términos suscritos en el contrato de préstamo de 15 de diciembre de 1998.

- La nulidad de pleno derecho del Pacto Sexto del contrato, sobre "Intereses de Demora", en los términos suscritos en el propio contrato.

Y CONDENO a la demandada:

- A estar y pasar por la declaración anterior y a abstenerse de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo su vigencia el contrato con el resto de cláusulas.

- A restituir a la actora las cantidades cobradas en virtud de la cláusula desde la primera activación de la misma hasta la efectiva supresión de ésta, y por diferencia de lo que tendría que haber cobrado a la prestataria de no existir la cláusula, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago, conforme al art. 1108 CC; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC.

Con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma NO ES FIRME y que contra ella se podrá interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación. Dicho recurso deberá presentarse ante este juzgado y será resuelto por la Audiencia Provincial de les Illes Balears.



Expídase testimonio de esta resolución que quedará unido a los autos, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.