



Intervención:

Demandante

Demandado

Interviniente:

Caixabank s.a.

Abogado:

Miguel Angel Correderas
Garcia

Procurador:

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintiséis de junio de dos mil veinte.

Vistos por mí, _____, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Las Palmas de Gran Canaria y su Partido, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO**, con número 1102/19, seguidos a instancia de Doña _____, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña _____ y bajo la dirección jurídica del Letrado Don Miguel Ángel Correderas García, contra la entidad **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales Don _____ y bajo la dirección jurídica de la Letrada Doña _____, versando los autos sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña _____, en la representación antes dicha, se presentó demanda de juicio ordinario ajustada a las prescripciones legales que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra la entidad CAIXABANK, S.A., en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó solicitando se dictara Sentencia de acuerdo con lo reflejado en el petitum de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el término de veinte días se personara y contestara a la demanda, lo que verificó y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes terminó suplicando se dictara Sentencia por la que se desestimara la demanda formulada de contrario, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte demandante.

TERCERO.- Convocadas las partes a la correspondiente audiencia previa, ambas comparecieron, afirmándose y ratificándose la demandante en su escrito de demanda y la demandada en su escrito de contestación; ambas partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, admitiéndose exclusivamente la documental aportada con los escritos iniciales, de tal forma que quedaron los autos vistos para Sentencia sin previa celebración de Juicio a tenor de lo dispuesto en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.





CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interesa por la parte actora que se declare, por un lado, la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria concertada entre las partes, y por otro, la cláusula de gastos a cargo del prestatario, con las consecuencias económicas inherentes a tal declaración.

Con relación a tal negocio jurídico, se pone de manifiesto por la parte actora, tras incidir en su condición de consumidor que nos encontramos ante un contrato de adhesión con condiciones generales y que la cláusula en cuestión no supera el doble control de transparencia referido por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, no existiendo información por la entidad bancaria respecto a la existencia de dicha cláusula.

Por la parte demandada se alega como motivos de oposición a la pretensión formulada de contrario la validez de las cláusulas en cuestión, entendiéndose que la entidad bancaria ha cumplido con sus obligaciones de información, conociendo los prestatarios la carga tanto jurídica como económica de las estipulaciones objeto de la presente litis.

SEGUNDO.- Entrando ya a dar respuesta a la primera a las pretensiones ejercitadas por la parte accionante (nulidad de la cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario), lo primero de lo que debemos partir es de la condición de consumidora de la actora, ya que no puede inferirse de las actuaciones mínimamente lo contrario. Dicho lo anterior, y tratando de resumir la extensa fundamentación que se contiene en la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, hemos de comenzar por indicar que el Tribunal Supremo viene a reconocer en tal Resolución que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador; Así, ha destacado, de entrada, que las llamadas "cláusulas suelo" son lícitas y su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas, cual las que cita el informe del Banco de España cuando indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero.

Ahora bien, sentado ese punto de partida, el Alto Tribunal ha cuidado de precisar también que tales cláusulas solo serán válidas y eficaces cuando **"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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio"**.

Ello es así porque **"si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de**





oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”.

Ello no obstante conviene precisar que la Sentencia del Tribunal Supremo de de 9 de mayo de 2013 trata del requisito de transparencia en contratos de préstamo hipotecario con consumidores en el marco de una acción colectiva, desde una perspectiva general y por tanto necesariamente abstracta, esto es prescindiendo de la información que a título particular haya podido recibir cada cliente o de las cláusulas adicionales o complementarias que pudieran figurar en la escritura; en este sentido dicha sentencia advierte en el apartado b. del epígrafe 246 que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores **"no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente"** y por ello se ha hecho hincapié en que los límites a la variación del tipo de interés deberían destacarse prontamente en la escritura, no después de una multitud de datos que dificulten que el cliente llegue a comprender que el préstamo fijo mínimo y variable exclusivamente al alza.

Ahora bien, cuando estamos ante una acción individual, la anterior doctrina no impide que la oscuridad de la cláusula sea suplida por otras insertas en ese mismo texto, ni que el defecto de transparencia de la escritura pueda ser conjurado por la entidad financiera probando que, incluso cuando la cláusula no hubiera sido negociada directa y personalmente con el cliente, sí la facilitó información precontractual convenientemente ilustrativa sobre el particular litigioso, de modo que el cliente pudo comprender su contenido y consecuencias reales y la aceptó después con pleno conocimiento de causa.

A este respecto, hemos de recordar, con cita, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de octubre de 2015 que **"la carga de la prueba sobre el cumplimiento de transparencia de las condiciones financieras insertas en un contrato de préstamo celebrado con un consumidor incumbe al profesional, de manera que recaerán sobre este último las consecuencias de la ausencia de todo elemento de convicción que acredite que antes de contratar el cliente fue informado específicamente sobre la cláusula discutida y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos"**.

Puede completarse el presente fundamento de derecho con la cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 30 de septiembre de 2015 que viene a indicar que **"Planteados los términos del debate, la cuestión litigiosa ha de resolverse de acuerdo con los criterios sentados en la reciente sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (ROJ 1916/2013) -a la que se remiten reiteradamente las partes en sus escritos-, y la más reciente de 8 de septiembre de 2014 (464/2014). En término generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se**





celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC-"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" (fundamento 201).

Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, aun referidas a elementos esenciales del contrato, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá 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". La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró que las cláusulas impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplían con las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 de la LGDC, pero no así las específicas de los contratos con los consumidores, todo ello de acuerdo con las consideraciones que recoge en los fundamentos 217 a 225.

Como hemos dicho en Sentencia de 12 de noviembre de 2014 (Rollo 410/2013), cuyas consideraciones reiteramos en esta resolución, el fundamento del control de transparencia se sitúa por la jurisprudencia en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que admite el control de abusividad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato (excluidas en todo caso las relativas a la adecuación entre el precio y retribución, de una parte, y los bienes o servicios, de otra, que sirven de contrapartida).

Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).

En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.





Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Por esa razón el control de transparencia está relacionado no solo con el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que regula los requisitos de inclusión, sino que también lo está con el artículo 82 del propio texto legal, que regula el control de contenido o abusividad.

La justificación del control de contenido por la falta de transparencia de la cláusula relativa a un elemento esencial del contrato procede del perjuicio que de la misma se puede derivar para el consumidor a consecuencia de la alteración de la onerosidad o carga económica que se deriva del contrato, que es consecuencia de que se le imposibilitó para elegir conscientemente la mejor de entre las diversas ofertas disponibles en el mercado.

En nuestro caso, la exigencia de transparencia se proyecta de forma esencial en la aptitud de la cláusula para hacer comprender al consumidor que, si bien el interés pactado por el préstamo era variable, estaba sometido a un límite importante por debajo del cual no podría bajar, cualquiera que fuera la evolución del mercado y, como consecuencia, del índice al que se hubiera referenciado el tipo variable fijado.

Es por ello por lo que las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para analizar la transparencia de la cláusula son diversas y atienden de forma esencial a su ubicación en el contrato o a la información facilitada por la entidad financiera en la oferta comercial realizada o bien en las negociaciones o tratos que las partes llevaron a cabo, tal y como precisa la STS 464/2014 en el apartado 9 de su fundamento segundo.

Y precisa el TS en la Sentencia y apartado que acabamos de citar «... la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”.

TERCERO.- Pues bien, en primer término, la orfandad probatoria sobre la información precontractual que la entidad financiera debía ofrecer a su cliente con arreglo a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 es más que evidente. Así, es necesario resultar que por la entidad bancaria no se demuestra el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia, ya que no se acredita que se entregara el folleto informativo (art. 3 OM 5-5-1994) o el posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento, que se realizaran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés al tiempo de contratar,





imprescindible para que el prestatario pueda llegar a comprender en toda su extensión el alcance de la referida cláusula, sin que tampoco conste la existencia de información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

CUARTO.- En cuanto al posible reintegro las cantidades ya abonadas por el prestatario como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, la cuestión ha sido definitivamente resuelta por la Sentencia del TJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, que viene a indicar en sus puntos más destacados que **“61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.**

62. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63. Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

64. Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

65. No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial—, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

67. En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen





referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.

68. A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).

70. No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *Barth*, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Barra y otros*, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

71. Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

72. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución





íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”, siendo la conclusión del Tribunal de Justicia que “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.





QUINTO.- Por lo que a la estipulación relativa a los gastos incorporada a la escritura pública de préstamo hipotecario concertada, este Juzgador se va a remitir a los acertados razonamientos que se contienen en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 17 de febrero de 2017, que no hace otra cosa que reproducir la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015: **"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 seriadados 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.

4.- 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 aquél 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".

SEXTO.- Una vez declarada la nulidad de cláusula en cuestión, procede entrar a analizar las consecuencias de tal pronunciamiento, para lo que resulta preciso distinguir entre las distintas partidas reclamadas.

En primer término, por lo que respecta a los gastos notariales (por importe de 550,14 euros), hemos de partir de la Sentencia dictada por la Sala Primera nuestro Tribunal Supremo en fecha 23 de enero de 2019 (número 46/2019), la cual dispone con relación a este gasto lo que sigue: "1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

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

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





"La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

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

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

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

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

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

Sin perjuicio que debe detraerse de la factura aportada la suma de 30,05 euros en concepto de poder especial por cuanto ninguna relación guarda con el préstamo hipotecario, a tenor de la doctrina indicada, procede la condena de la entidad demandada al abono de la cantidad de 260,07 euros.

Por lo que a los gastos del Registro (por importe de 173,89 euros), dice la misma Sentencia de nuestro Tribunal Supremo que "1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que:

"Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

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

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los





Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

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

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto”, por lo que en este caso se impone la condena a su devolución de la suma reclamada por tal concepto.

Por todo lo expuesto, la cantidad objeto de reembolso por la entidad demandada debe quedar fijada en la cantidad de 433,96 euros.

SÉPTIMO.- En materia de intereses rigen los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil respecto de los devengados desde la fecha de pago por el prestatario hasta sentencia y de ésta hasta el íntegro pago, resulta de aplicación el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- Con relación a las costas procesales causadas, al haberse estimado íntegramente demanda, resulta de aplicación el apartado 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede su imposición a la parte demandada.

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

FALLO

Que ESTIMANDO COMO ESTIMO íntegramente demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña _____, en nombre y representación de Doña _____, contra la entidad **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales Don _____, debo DECLARAR y DECLARO:

1.- La nulidad de la cláusula relativa al tipo de interés mínimo (cláusula suelo) contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita en fecha 2 de octubre de 2008, y como consecuencia de ello, condeno a la entidad demandada a restituir a la demandante las cantidades cobradas indebidamente desde la celebración del contrato, así como a abonar los intereses correspondiente desde cada fecha del indebido cobro.

2.- La nulidad de la cláusula de gastos de la indicada escritura pública, y como consecuencia de ello, condeno a la entidad demandada a restituir a la demandante la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (433,96 euros), más intereses legales a tenor de lo indicado en el Fundamento de Derecho séptimo de la presente Resolución.

3.- Con relación a las costas procesales, procede su imposición a la parte demandada.

Contra la presente podrán las partes interponer recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a la notificación de la presente (artículo 458 de la L.E.C., según redacción dada por la Ley 37/11, de 10 de octubre), con advertencia de que según la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en su disposición decimoquinta,





apartado 3.b), que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial, será precisa la consignación del depósito de 50 euros, que deberá efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, abierta en el Banco Santander, S.A., indicando que el concepto del ingreso es por recurso 02.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

