



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID
C/ Gran Vía 12
Tfno: 914937071
Fax: 917031648
42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0194596

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 12926/2017

Materia: Cláusulas GRI - Suelo

NEGOCIADO 6 BIS

Demandante: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D. SERGIO ESTEBAN CABALLERO

Demandado: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA, S.A.U.

PROCURADOR D. DAVID MARTIN IBEAS

SENTENCIA Nº 2642/2019

En Madrid, a 5 de abril de 2019.

Vistos por mí, M^a Teresa RUBIO CABRERO, Magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 12926/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, a instancia de **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** representado por el Procurador Sergio ESTEBAN CABALLERO, contra la entidad BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA SAU, que en la actualidad es UNICAJA, representada por el Procurador David MARTÍN IBEAS; y vistos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sergio ESTEBAN CABALLERO, en la ya indicada representación, se presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad UNICAJA por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando el dictado de una sentencia conforme a los pedimentos de su escrito rector, que se dan por reproducidos en esta alzada en aras de la brevedad, con expresa imposición de costas a la entidad demandada.



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada quien se personó en tiempo y forma mediante el escrito de contestación, en el que tras alegar los hechos y fundamentos que entendía aplicables terminaba suplicando que la demanda fuera desestimada, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa a la que comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Tras proponerse prueba y admitirse la que es de ver en acta de juicio quedaron los autos conclusos para sentencia.

CUARTO- En la tramitación de estos autos se han observado y cumplido los trámites legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita la acción de nulidad absoluta y radical sobre varias cláusulas insertas en dos contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los hoy actores y la entidad BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, SAU (en la actualidad UNICAJA) a fecha de 26 de septiembre de 2006; en concreto la cláusula tercera bis en relación al límite al tipo de interés variable y la cláusula quinta de imputación de gastos.

Con carácter accesorio y para el caso de prosperar la acción principal, al amparo del art. 1.303 del CC la actora interesaba la restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de aquellas; tanto los intereses del préstamo desde el inicio de la relación contractual, como los gastos de notaría y registro de la Propiedad.

Por su parte la entidad demandada se opuso a la demanda sobre los hechos y fundamentos que entendía aplicables, que se dan por reproducidos en esta alzada en aras de la brevedad.



SEGUNDO.- En primer término se hace preciso dilucidar como óbice que pudiera llegar a impedir pronunciarse sobre el fondo del asunto, la caducidad invocada por la entidad demandada de la acción de "nulidad por vicios del consentimiento".

En lo que se refiere a la declaración de nulidad que se pide por vicio en el consentimiento, no puede prosperar por que la demandante no insta la nulidad íntegra del contrato, sino solo de una o varias cláusulas separadamente, el clausulado multidivisa y alguna otra como los intereses moratorios invocando el referido vicio, supuesto en el que no cabe pedir la nulidad del contrato por concurrencia de vicio en el consentimiento.

Así se pronuncia de forma reiterada el Tribunal Supremo, pudiendo citarse a tales efectos las sentencias de 1 de julio de 2016 y 2 de febrero de 2017, que vienen a sentar la doctrina siguiente:

STS de 1 de julio de 2016: *"La petición contenida en la demanda tenía su sentido pues, como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato"*.

STS de 2 de febrero de 2017: *"Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio: «Como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar*



la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato». En cuanto se había pedido en la demanda únicamente la nulidad de la cláusula relativa al derivado implícito, y no del resto del contrato, el motivo debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados en ningún caso podría justificar lo pedido en la demanda”.

En consecuencia no teniendo cabida tal acción, huelga hacer pronunciamiento alguno sobre la pretendida caducidad.

TERCERO.- Sentado lo anterior, en primer término se procederá a abordar la petición de nulidad, absoluta y radical, del tercer párrafo de la cláusula tercera bis, inserta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes a fecha de 26 de septiembre de 2006, fundamentando tal pretensión en la falta de negociación individual de aquella y falta de transparencia de la misma.

Así las cosas, partiendo que en el presente procedimiento no es objeto de discusión la condición de consumidora de la actora, ni la existencia tanto del contrato como de la inclusión en el mismo de la cláusula discutida -conocida como cláusula suelo por fijar un interés mínimo-; y partiendo así mismo que se trata de una condición general de contratación que ha sido predispuesta por la entidad bancaria para ser insertada en una pluralidad de contratos similares, como evidencia otros procedimientos con la misma demandada; el objeto de debate se ha de centrar en determinar la validez o nulidad de la cláusula de limitación de tipo de interés.

Y en relación con la carga de la prueba tanto de la transparencia como de la negociación de la cláusula, ha de tenerse presente el mandato contenido en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los hechos constitutivos y obstativos de la pretensión, así como las reglas recogidas en el art. 82.2 TRLCU y el art. 3.2 de la Directiva 93/13 que imponen a la demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas (a tal efecto la STJUE de 16 de enero de 2014).

A mayor abundamiento, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 impone a la parte demandada conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, máxime si se tiene en cuenta que la información precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias.

Y en orden a la intervención del Notario y la información facilitada por el mismo, dejando la escritura a disposición del prestatario para su lectura, se trata de una cláusula genérica de conocimiento, añadiendo a lo anterior **la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015**, que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la suscripción del contrato, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada, ni exime a la demandada de haber realizado de forma efectiva su deber de información.

CUARTO.- Sentado lo anterior, se hace preciso en primer término analizar las denominadas "cláusula suelo" a tenor de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, indicando a tal efecto la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013**, que "Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables.

En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos:

- a) El tipo de índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente, el EURIBOR a un año)
- b) El diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: $\text{interés de referencia} + \text{diferencial} = \text{interés a pagar}$

Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas cláusulas techo-, y a la baja -las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Con relación a estas últimas - *únicas que son objeto del litigio* -, las fórmulas utilizadas varían, pero producen conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.”

La cláusula suelo forma parte del contenido esencial contrato pues configura el precio que debe pagar el prestatario y definen así el objeto principal del contrato. Así, la **STS de 29 de abril de 2015** señala que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas. Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello, ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y del TRLCU.

Para determinar o no la abusividad de dicha cláusula, y consiguientemente su nulidad, si bien no cabe hacer un control en cuanto al desequilibrio entre las prestaciones que produce entre las partes, la cláusula deberá superar un **doble control**.

- a) Un control de incorporación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 LCGC
- b) Un control de transparencia, a la luz del artículo 80 TRLGDC. Este control ha sido analizado en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de TS nº 464/2914 de 8 de septiembre, y en la STJUE 30 abril de 2014, C-26/14 que establece que el control de



transparencia se traduce en el deber del predisponente de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial.

El **control de incorporación** actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente al contrato (arts. 5 y 7 LCGC: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla *contra proferentem*; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles). Es decir, es necesario que la cláusula gramatical o documental figure en el contrato. Se deben utilizar caracteres gráficos legibles y una redacción comprensible.

Sobre este control de incorporación se superpone un **control adicional de transparencia**, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 TSLDCU) y que en la STS de 9 de mayo de 2013 se califica como un doble filtro de transparencia.

Como se ha indicado, al control de transparencia en su incorporación al que se refiere el artículo 7 LGCU se añade un doble filtro de transparencia al que se refiere la tanta veces mencionada STS de 9.5.2013 que sólo opera en las relaciones entre profesional y consumidor en los siguientes términos: "Ahora bien, 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".

En este segundo examen de control de transparencia, tal y como indica la STS 9 de mayo de 2013, 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 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 *el 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 sus decisiones con pleno conocimiento de causa.*

Sentado lo anterior, el TS 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

b) l del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

La transparencia por tanto, consiste en que el adherente conozca la carga tanto económica como jurídica del contrato celebrado. Así, la STS de 29 de abril de 2015 señala que, supone además que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles, y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es preciso que además sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula le supondrá.

Así, esa falta de transparencia, conduce al control de abusividad. Como señala la STS 25 abril de 2015, *la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación."*

Esta interpretación es confirmada por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013) y STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/2014). En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 23 de diciembre de 2015.

Por su parte, el TS (STS 9 de mayo de 2013), ha sentado aquéllos **criterios indicadores de falta de transparencia** de una cláusula incorporada como una condición general de contratación.

- (i) La **creación de la apariencia** de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- (ii) La **falta de información suficiente** de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- (iii) La creación de la **apariencia de que el suelo tiene como contraprestación** inescindible la fijación de un techo.
- (iv) Su **ubicación** entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- (v) La **ausencia de simulaciones** de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- (vi) **Inexistencia** de advertencia previa clara y comprensible sobre el **coste comparativo** con otros productos de la propia entidad
- (vii) La cláusula recibe un **tratamiento impropiaemente secundario** de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

QUINTO.- Trasladado lo anterior al supuesto que nos ocupa, el primer control de transparencia viene referido a que la cláusula figure gramaticalmente en el contrato, debiendo ser legible y comprensible. Así, dentro de la cláusula Tercera Bis, bajo la rúbrica Tipo de Interés Variable, del referido préstamo, a renglón seguido, en el antepenúltimo, reza: " *En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50%*".

En primer lugar, hemos de destacar que la redacción gramatical de esta cláusula no es clara y comprensible, planteando dudas acerca de su significado pues además de incluirse en un renglón seguido dentro del tipo de interés variable, se mezcla con otros datos financieros, no estando resaltada de tal suerte que con una simple lectura pasa totalmente inadvertida al consumidor pudiendo inducir a



que se trata de otra previsión dentro de la variabilidad del tipo pero no la excepción al mismo, luego no supera el primer filtro o control de incorporación al contrato, conforme a la aplicación de lo dispuesto *ut supra*, en base a los artículos 5 y siguientes de la LCGC.

Presupuesto indispensable resulta verificar si dicha cláusula cumple con el doble control reseñado anteriormente. Por tanto, no es suficiente que la cláusula no supere el primer filtro y no tenga en sí misma una redacción desde el punto de vista gramatical clara y comprensible, sino que es necesario que el consumidor haya tenido suficiente información sobre su existencia y contenido a fin de que haya podido representarse la carga económica que para él representa el contrato de préstamo. Se trata de determinar si por ese déficit de transparencia se ha defraudado la expectativa que, a partir de información suministrada por el empresario, se había representado al consumidor sobre el precio a abonar por la contraprestación ha recibido.

En el caso concreto de la cláusula suelo, la abusividad deriva, por un lado, de que en sí misma no sea clara y comprensible (ello afecta a la incorporación) sino si esa cláusula, por falta de transparencia, en su aplicación en el conjunto del contrato, implica una quiebra de las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de interés que estimaba que estaba contratando: pensaba que contrataba un préstamo con interés variable (ya a la baja ya al alza) cuando solo podía serlo, llegado un momento, al alza, de manera que se distorsiona así el acuerdo económico que motivó el contrato.

Pues bien, en el presente supuesto, hemos de destacar en primer lugar, que la cláusula financiera Tercera, se ocupa de la regulación del tipo de interés pactado, estableciendo un Primer período a un tipo de interés fijo de 3,75% a un año y un Segundo período a un tipo de interés variable de Euribor más 1,15%, con posibilidad de bonificación por la contratación de productos, y dentro de este segundo es donde se inserta el suelo del tipo de interés en el mismo apartado. Se coloca antes y después de una larga de información financiera sobre el interés aplicable, desde la forma de cálculo de intereses, del índice de referencia, del sustitutivo, con una multitud de datos financieros cuando realmente se pacta un interés fijo y no variable a la baja. Es más, se introduce un techo del 12,50% a fin de



crear una falsa apariencia de proporcionalidad en las prestaciones cuando realmente no es tal.

Superada la fase control que se circunscribe a un plano meramente documental, la "cláusula suelo" debe ser objeto, además, de un control sobre su contenido o control de abusividad. Las circunstancias que la STS 241/2013, de 9 de mayo, ha tenido en cuenta para declarar la abusividad son las siguientes: la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero; la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y la inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Por su parte, la reciente STS 705/2015, de 23 de diciembre, toma también en consideración el tratamiento impropio secundario que recibe la cláusula, de modo que el consumidor no percibirá su verdadera naturaleza.

En el presente supuesto los anteriores criterios no se cumplen, y así la cláusula de suelo, fijando un interés fijo y no variable como la parte entendía que contrataba, pasaba totalmente **inadvertida** al insertarse dentro del tipo de interés variable, tras una multitud de datos financieros y en dos líneas, inserta entre otros párrafos que recalculaban el interés variable. El cliente contrató en la certeza que el tipo de interés del préstamo era variable, tanto al alza como a la baja.

La **falta de información**, cuya prueba incumbía a la demandada, de dicho interés que se configura como un elemento principal del contrato de préstamo se une a la **ausencia de simulaciones** de lo que acontecería a lo largo de la vida del préstamo, de tal suerte que el cliente pudiera tener una representación real tanto económica como jurídica del contrato, no ofertando así mismo la entidad bancaria otros

productos a fin que aquel pudiera comparar el coste que le supondría el negocio jurídico con unos y otros.

La cláusula se **ubica** dentro del clausurado del tipo de interés variable y su forma de cálculo y aplicación, dando un **tratamiento totalmente secundario** cuando realmente afecta a uno de los elementos esenciales del contrato de préstamo, fijando además un suelo por encima del interés pactado en la firma -Euribor más 0,75% con posibilidad de reducción de 0,30% por contratación de productos, y el suelo se situó en el 3,50%- de tal suerte que la entidad bancaria se aseguraba que nunca bajara el interés a abonar aunque el EURIBOR descendiera, como de facto aconteció.

La entidad demandada no ha practicado ninguna prueba tendente a acreditar la información que fue suministrada a los contratantes antes de la celebración del contrato.

SEXTO.- En consecuencia procede declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula objeto de debate, pues si bien supera el control de incorporación al contrato, quiebra las expectativas del consumidor al contratar el préstamo pues el mismo lo verificó en el convencimiento que el tipo de interés era variable supeditado a las subidas y bajadas del EURIBOR, pero realmente el interés solo sería variable al alza, nunca a la baja.

La declaración de abusividad de la cláusula conlleva la declaración de su nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual *«las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»*. Los efectos de la nulidad se regulan en el artículo 1303 del Código Civil, que establece que *«declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses»*.

Por si hubiera alguna duda acerca de los efectos de la declaración de nulidad de esta cláusula abusiva, la reciente **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016** señala 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». En aplicación de esta Sentencia y de acuerdo con la clásica regla *quod nullum est nullum effectum producit* procede afirmar que los efectos de la declaración de nulidad de la "cláusula suelo" han de retrotraerse al momento mismo de nacimiento de dicha cláusula, es decir, a la fecha misma de la firma de la escritura de hipoteca unilateral que suscribieron, quedando la demandada obligada a restituir a la actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula, así como a efectuar el recalcuro de los préstamos hipotecarios sin las referidas cláusulas.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, si bien la cláusula impugnada supera el control de incorporación, no supera el control de transparencia por los siguientes motivos:

- a) Inclusión de la misma en una multitud de datos financieros que conllevan a inducir a los prestatarios de que el tipo de interés pactado en la escritura es variable.
- b) Tratamiento de dicha cláusula con carácter secundario que impide a los prestatarios concebir su verdadera relevancia.
- c) Carencia de información suministrada por la entidad financiera a los prestatarios sobre la aplicación y consecuencias económicas de la cláusula.
- d) Ausencia de advertencia especial por parte del Notario acerca de la inclusión de dicha cláusula que permita conocer a los prestatarios su existencia y consecuencias económicas derivadas de su aplicación.

Por todo lo anterior, puesto que la cláusula por un lado no queda acreditada la negociación individual, no supera el doble control de transparencia, ello conlleva a la abusividad de la misma, por cuanto implica un desequilibrio entre los derechos de las partes (STS 25 de abril de 2015, *ut supra*). Esto supone que la misma deberá ser expulsada del contrato, ex art. 83TRLGCU, subsistiendo la vigencia del mismo, en todo lo no afectado por dicha cláusula.

SEPTIMO.- La declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.* Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo.

Consecuentemente, la entidad demandada deberá proceder a devolución de lo pagado de más por los prestatarios en aplicación de dicha cláusula desde la fecha del primer pago, con los intereses que corresponda aplicar hasta que se dejó de aplicar operación que en su caso se hará en el trámite correspondiente, ante la falta de acuerdo al respecto, así como a efectuar el recalcule del capital pendiente sin la aplicación de aquella.

OCTAVO.- La siguiente cuestión jurídica se circunscribe a la nulidad absoluta y radical de la cláusula QUINTA de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrita entre las partes a fecha de 26 de septiembre de 2006, referida a la imputación de gastos al prestatario.

Una simple lectura del documento dos, ha de llevar a la calificación del documento negocial como contrato de adhesión en la medida que no es un instrumento negociado individualmente sino impuesto a una de las partes e incorporado a una pluralidad de contratos y ello con plena independencia que dentro del mismo sí se hubieran podido negociar algunos aspectos como señala la demandante (el tipo de interés fijo o variable, el índice de referencia o el periodo de amortización) pues el art. 8.2 del TRLGDCU señala que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas.

Partiendo que la carga de la prueba relativa a la negociación previa incumbe a la parte demandada y no a la actora, de la documental obrante en autos en modo alguno queda acreditado que existiera aquella negociación sobre la referida cláusula sino de una cláusula predispuesta e impuesta pues conforme señala la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013** y el art. 3.2 de la Directiva 93/13 "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido, en particular en los contratos de adhesión". En este sentido la demandada confunde conocimiento previo de las condiciones a través de la oferta vinculante y la existencia de una escritura de préstamo con "negociación", la cláusula estaba ya redactada de antemano por la entidad no pudiendo la parte ni intervenir en su redacción ni mucho menos en su contenido llegando a variar alguno de sus condicionantes (a título de ejemplo distribución de los gastos con la finalidad de no asumir todos).

Las cláusulas predispuestas en un contrato vienen definidas ya por la **Sentencia del Tribunal Supremo**, en recurso de casación **número 485/2012, de fecha 9 de mayo de 2013** "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

La misma resolución añade a continuación, y en relación con las cláusulas predispuestas y su incorporación a los contratos, que:

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

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

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

d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada 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».

Trasladado lo anterior al supuesto que nos ocupa, en primer término hemos de concluir necesariamente que la citada cláusula fue redactada previamente por la entidad bancaria sin que el consumidor -prestatario- pudiera influir en su contenido pues la misma es idéntica en los contratos suscritos por la entidad crediticia en la misma época como se ha podido observar en otros procedimientos. La información previa sobre el contenido del contrato, o los gastos no supone en modo alguno una negociación, sino una "información" pudiendo el prestatario ante la misma o bien asumirla o no contratar pero en modo alguno modificar alguno de los aspectos, o gastos en el presente caso, llegando a un acuerdo con la entidad bancaria sobre la distribución de los mismos, que hubiera sido lo deseable.

Cabe añadir a lo anterior que el conocimiento y la información de una cláusula no excluye su naturaleza de condición general (STS 241/2013) y menos acredita una negociación entre las partes a fin de individualizar el contenido del contrato, o al menos poder influir de forma aun cuando sea mínima, en su contenido.

La nulidad se insta por el carácter abusivo de una cláusula predispuesta en un contrato de adhesión no negociado y que rompe el equilibrio entre las contraprestaciones de las partes en la defensa de los consumidores ante los abusos en un contrato de adhesión en los que la persona física frente a una empresa o entidad no tiene capacidad de maniobra frente a los contratos ya redactados y que han de ser asumidos así para obtener el bien o servicio como acontece en el presente caso y así ya ha entendido el **Tribunal Supremo** en su **Sentencia 241/2013, de 9 de mayo**, es un hecho notorio que en determinados sectores económicos, entre los que se encuentra el bancario, la contratación con consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación, predispuestas por la entidad bancaria para ser incorporadas a una generalidad de contratos.

NOVENO.- Al hilo de lo anterior, y ante la ausencia de negociación individual, se hace preciso analizar si la pretendida cláusula puede ser considerada como abusiva al romper el equilibrio real de las prestaciones de las parte en el contrato como señala la

parte actora o si por el contrario, como pretende la entidad demandada, el negocio jurídico está presidido por un juicio de equidad y proporción.

Una simple lectura de la cláusula lleva a concluir que tiene vocación universal entendiéndose por tal en estas circunstancias la imputación de la totalidad de gastos, de tasación, aranceles notariales y registrales, impuestos y tributos, procesales incluyendo Letrado y Procurador aun cuando no fuera perceptiva su intervención.

No hay contraprestación alguna ante tal imposición de gastos, de todo tipo, provocando un desequilibrio claro y patente en que el prestatario consumidor no encuentra una correspondencia, ni si quiera en el reparto los mismos, teniendo la citada cláusula una vocación de generalidad y universalidad de la totalidad de los gastos presentes, pasados y futuros que se pudieran originar.

En resumen. La cláusula QUINTA no fue negociada individualmente sino impuesta al prestatario, redactada por la entidad con carácter previo para su inclusión en una pluralidad de contratos hipotecarios, sin la más mínima posibilidad que el cliente pudiera influir en su contenido, y provocando un claro desequilibrio entre las prestaciones de las partes pues aquel asumía todos los gastos e impuestos -incluso de manera genérica con un enunciado a título de ejemplo y sin saber con certeza a qué se enfrentaba- sin que la entidad asumiera nada.

DECIMO.- La declaración de nulidad de la cláusula como primer punto a tratar, lleva necesariamente a la petición subsidiaria que es la relativa a la acción de restitución de las cantidades abonadas como consecuencia de aquella; teniendo presente que al ser distintos gastos es necesario su análisis por separado al correr distintas suertes.

En relación con las consecuencia de la declaración de nulidad de la citada cláusula y la restitución en concreto de los distintos gastos abonados, con arreglo al nuevo criterio jurisprudencial que viene a clarificar la redistribución de los gastos en las **STS 46/19 recurso de casación 2128/17, STS 47/2017 recurso de casación 4912/2017, STS 48/2019 recurso de casación 5025/2017 y STS 49/2017 recurso de casación 5298/2017, todas ellas de fecha 23 de enero de 2019 dictadas por el pleno de la sala de lo civil del TS**, decir que, y

tal y como disponen las citadas sentencias que, con transcripción literal, el art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestación, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde.

Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 43 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (*rectius*, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

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

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



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

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

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

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

4.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de

diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

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

DECIMOPRIMERO.- En lo que respecta a los **gastos de notaría**, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, 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. Siendo este criterio aplicable al caso que nos ocupa

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. Siendo este también aplicable al caso que nos ocupa

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. No es de aplicación

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. En este caso la factura aportada no diferencia la cuestión de las copias, por tanto no resulta factible atribuir a uno u otro dado la falta de prueba

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.

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. Siendo el criterio aplicable al caso que nos ocupa

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. No siendo aplicable

En cuanto a los **gastos de gestoría** o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad. Siendo este criterio aplicable al caso que nos ocupa.

La previa **tasación** del inmueble no constituye un requisito legal para la constitución de la garantía hipotecaria y la concesión del préstamo, si bien permite acceder al procedimiento especial de ejecución hipotecaria, regulado en los arts. 681 y ss. LEC, el cual, tal como ha declarado el Tribunal Supremo en su Auto 271/2017, de 8 de febrero, resulta más favorable para el deudor que la resolución del

contrato en un procedimiento declarativo, ya que prevé ciertas ventajas para el deudor consumidor, como la liberación del bien mediante consignación, la limitación del importe de las costas procesales o el precio mínimo a efectos de subasta, vinculado este último al valor señalado en la tasación.

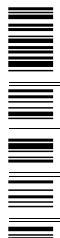
Sentado lo anterior, podemos concluir que la tasación del inmueble beneficia a ambas partes, si bien en el momento en que se lleva a efecto, esto es, con anterioridad a la conclusión del contrato y sin vinculación alguna con el procedimiento de ejecución hipotecaria, parece que favorece más a la parte prestamista, a la que, por otro lado, interesa conocer el resultado de tal pericial para determinar el importe máximo que está dispuesta a financiar.

De cualquier modo, aun considerando que ambas partes están interesadas en dicha tasación, resulta llamativo que la cláusula controvertida no lleve a cabo una distribución equitativa de los gastos que genere sino que, por el contrario, opta por atribuirlos de manera absoluta al prestatario, ocasionando así una falta de reciprocidad entre las partes y por consiguiente, un desequilibrio grave en sus derechos y obligaciones en contra de las exigencias de la buena fe (art. 82 TRLGDCU), en el sentido de que, en el seno de una negociación individual, el consumidor que conociera que ésta es la finalidad real de la tasación del inmueble no aceptaría el abono de la misma. Por ello, el inciso de la cláusula impugnada que impone al prestatario los gastos de tasación del inmueble, se considera abusivo y por ende, nulo de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 83 TRLGDCU.

En consecuencia procede la restitución de la mitad de los gastos de notaría y la totalidad de los gastos del registro de la propiedad, que ascienden de conformidad con las facturas aportadas a las actuaciones, a la cantidad de 371,90 euros.

DECIMOSEGUNDO.- La cláusula impugnada impone además al prestatario la obligación de sufragar el pago de cualesquiera impuestos o arbitrios que se deriven de la escritura.

Esta redacción genérica de la cláusula, que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y



tributos, sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, las cuales, como señala **el Tribunal Supremo en su STS 705/2015**, no dejan a la entidad bancaria prestamista "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"; todo ello determina que la cláusula se considere abusiva pues "La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario" se contempla expresamente en el catálogo de cláusulas abusivas que recoge el TRLGDCU en su art. 89.3 c), aplicable al presente supuesto cuando el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala el Tribunal Supremo en su STS 705/2015 "la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada".

Por las anteriores razones, el inciso de la cláusula impugnada, inserta en la escritura pública objeto del presente pleito, relativo a los impuestos, se declara abusivo y nulo de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

A pesar de la declaración de abusividad del inciso de la cláusula que impone al prestatario el pago de los impuestos, no procede acordar la restitución del importe abonado por la parte demandante por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, toda vez que se ha pagado por quien, conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable, correspondía.

Efectivamente, la cuestión sobre quién ha de hacer frente al pago del impuesto que nos ocupa, venía ya siendo resuelta por la jurisprudencia en el sentido de entender que dicho tributo recae sobre la parte prestataria. **La Sala 1ª del Tribunal Supremo**, siguiendo la línea



jurisprudencial de la Sala de lo contencioso-administrativo de dicho tribunal, **en su sentencia de 15 de marzo de 2.018** ya se pronunció en tal sentido. Más recientemente, la sentencia dictada por **el Pleno de la Sala 3ª en fecha 27 de noviembre de 2.018, nº 1671/2018**, tras las sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, ha resuelto la cuestión en el mismo sentido que la línea jurisprudencial hasta ahora vigente, concluyendo, en su fundamento jurídico 8º - respuesta a la cuestión de interés casacional planteada -, que "1º) El sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado, ello con base en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados."

En atención a lo expuesto, de esta declaración de nulidad no han derivarse efectos restitutorios.

DECIMOTERCERO.- Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.



DECIMOCUARTO.- Sin olvidar las particularidades que prevé el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, resultan de aplicación las disposiciones generales en materia de costas procesales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que ante una estimación PARCIAL de la demanda, y siguiendo el criterio del vencimiento objetivo, no ha lugar a la imposición de costas, debiendo cada parte abonar las suyas y las comunes por mitad.

FALLO

Que con ESTIMACIÓN PARCIAL de la demanda interpuesta por el Procurador Sergio ESTEBAN CABALLERO en nombre y representación de **XXXXXXXXXXXX** contra la entidad BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE INVERIONES SALAMANCA Y SORIA, SAU (en la actualidad UNICAJA), debo:

1°. DECLARAR la nulidad de pleno derecho de la limitación a la **caja** del tipo de interés aplicable contenida en la Cláusula Financiera Tercera, bis, inciso, de la escritura de préstamo de fecha 26 de septiembre de 2006, suscrita entre las partes, manteniendo la vigencia del resto del contrato.

2°. DECLARAR la nulidad de pleno derecho de la Cláusula Quinta, de gastos, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes de fecha 26 de septiembre de 2006, teniéndola por no puesta, manteniendo la vigencia del resto del contrato.

3°. CONDENAR a la parte demandada a restituir a la actora la cantidad indebidamente percibida como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nula de suelo, y que se fijará en el trámite correspondiente ante la imposibilidad de fijarse en este momento, así como a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin las citadas cláusulas desde el principio.

4°. CONDENAR a la parte demandada a abonar a la actora la cantidad de 371,90 (TRESCIENTOS SETENTA Y UNO CON NOVENTA) Euros, como consecuencia de la restitución de los gastos.

5°. CONDENAR a la demandada al abono del interés legal de las anteriores cantidades, siendo el dies a quo del devengo de este



interés el momento en que cada una de ellas haya sido indebidamente percibida por la demandada y el dies ad quem, la fecha del dictado de esta resolución. A partir de esta fecha, tales cantidades devengarán los intereses de demora procesal a los que se refiere el artículo 576 LEC.

6°. Todo ello sin especial pronunciamiento en orden a las costas, debiendo cada parte abonar las suyas y las comunes por mitad.

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

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas



en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **1203735694111905018201**



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por MARÍA TERESA RUBIO CABRERO