

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
JP II de Quintanar de la Orden (Provincia de Toledo)
Sentencia de 19 mayo
JUR\2017\186727



CONTRATOS BANCARIOS: PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CLÁUSULAS ABUSIVAS: PROCEDENCIA: Abusividad de determinadas cláusulas de los préstamos hipotecarios concertados entre las partes que determina que éstas deban ser declaradas nulas, condenándose a la entidad demandada a eliminarlas de los referidos contratos, a liberar a los fiadores solidarios y a abonar al actor las cantidades que éste hubiera satisfecho en virtud de las cláusulas declaradas nulas desde la fecha del contrato hasta su eliminación.

ECLI:ECLI:ES:JP II:2017:128

Jurisdicción:Civil

Recurso

Ponente:LOURDES RAMIREZ CASTRO

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2

QUINTANAR DE LA ORDEN

SENTENCIA: 00087/2017

PLAZA DE LA CONSTITUCION Nº 1

Teléfono: 925 564 757 , Fax: 925 182 074

Equipo/usuario: AJC

Modelo: N04390

N.I.G. : 45142 41 1 2016 0000864

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000478 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Agapito

Procurador/a Sr/a. MARIA CRUZ LOPEZ LARA

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAIXA D. ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA

Procurador/a Sr/a. MARIA EUGENIA ESTEBAN VILLAMOR

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA nº 87/2017

En QUINTANAR DE LA ORDEN, a diecinueve de mayo de dos mil diecisiete

Vistos por Sra. Dña. Lourdes Ramírez Castro, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Quintanar de la Orden y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario 478/2016 seguidos a instancia de don Agapito, representado por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Cruz López Lara, y asistido por el Letrado don Pablo Antonio López Coronado, CONTRA la entidad mercantil CAIXABANK S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Eugenia Esteban Villamor, y asistida por la Letrada doña Elisa Espada, sobre nulidad de cláusulas abusivas y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Previo reparto, se turnó a este Juzgado, demanda de juicio ordinario presentada por la referida representación de la actora contra referida entidad bancaria demandada, ajustada a las prescripciones legales, en la que alegaba en síntesis, que con por medio de escritura pública PROMOCIONES MASOAL S.L., concertó un crédito abierto con garantía hipotecaria con la entidad demandada, gravándose cincuenta y cinco viviendas sitas en Quintanar de la Orden, Plan Parcial S.A.U., una de las cuales fue adquirida por el actor junto con doña Gracia, suscribiendo con la demandada escritura de subrogación y modificación en crédito abierto con garantía hipotecaria del préstamo suscrito con la Promotora anteriormente mencionada; posteriormente, mediante escritura pública se extinguió el condominio existente entre don Agapito y doña Gracia, adjudicándose al primero la vivienda adquirida de Masoal por un valor de 34.429 51 €, adjudicándose a doña Gracia la cantidad de 17.214 75 € para cuyo pago don Agapito concertó nuevo préstamo con garantía hipotecaria sobre la misma vivienda por importe de 20.500 euros. En los tres préstamos hipotecarios descritos se incluyeron por la entidad demandada cláusulas abusivas. En primer lugar, en relación a la escritura de subrogación se incluyeron límites a la variabilidad de los intereses (cláusula suelo y techo fijados en el 3% y 8%), y que se dejó de aplicar en septiembre de 2015; cláusula de gastos caro del subrogado (impuestos, suministros...) que incluye una fórmula genérica de imposición de todos los gastos; cláusula de renuncia de fuero propio, si bien ésta se deja a la valoración de oficio sin que se solicite expresamente su nulidad. En cuanto al préstamo suscrito por Masoal en el que se subrogó el actor, se incluyeron cláusulas abusivas consistentes en: intereses moratorios al 20 5 %,

cláusula de gestión de reclamación de impagados, resolución anticipada, gastos a cargo del prestatario; así como otras cláusulas de dudosa abusividad como las cláusulas 12ª y 16ª (renuncia del derecho de notificación en caso de cesión de crédito por la entidad bancaria, y los límites a la transmisión de la finca y subrogación por el prestatario, respectivamente, que consideradas conjuntamente se aprecia que podrían vulnerar el principio de reciprocidad. Por último, el préstamo por importe de 20.500 € incluye como cláusulas abusivas: cláusula de limitación a la variabilidad de los intereses, así como una cláusula suelo encubierta como es el diferencial añadido al euribor, cláusula de vencimiento anticipado, comisión de gestión de reclamación de impagados, interés de demora, venta extrajudicial del bien hipotecado, así como otras posibles cláusulas nulas como son la cesión del crédito y la obligación de afianzamiento. Y tras citar los fundamentos jurídicos que estimaba de aplicación; terminaba suplicando que, tras los trámites legales, se dicte sentencia por la que: 1.- se declare la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable y se condene a la demandada a eliminarla de los contratos suscritos con el actor, debiendo valorarse la nulidad del diferencial como posible cláusula suelo encubierta; 2.- se condene a la entidad demandada al pago de las cantidades que hayan sido abonadas por el actor en virtud de la cláusula suelo desde la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013 y hasta septiembre de 2015 cuando se dejó de aplicar; 3.- subsidiariamente se condena a la entidad demandada a abonar dichas cantidades desde el inicio de la relación contractual, hasta septiembre de 2015; 4.- se condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales devengados desde cada cobro; 5.- se declare la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses de demora, venta extrajudicial del inmueble; 6.- se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula contenida en el pacto cuarto (de las comisiones), apartado e) comisión de gestión de reclamación de impagados, con intereses legales desde la fecha de cada cobro, y ello si no se acreditase tales gastos y servicios; 7.- se pronuncie sobre la posible nulidad de la cláusula de renuncia al derecho de notificación en caso de cesión de crédito; cláusula de afianzamiento, y en su caso, se acuerde la inmediata liberación de los avalistas; posible nulidad de renuncia al fuero propio, y sobre el resto de cláusulas no mencionadas cuya abusividad se pueda apreciar; 8.- se condene a la demandada al pago de gastos de formalización ante fedatario público se originen como consecuencia de la eliminación de las cláusulas consideradas abusivas, y de cuantos aquellos otros resulten por la inscripción de las escrituras en organismos, registros e instituciones públicas; 9.- todo ello con condena en costas.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada, que procedió a contestar por medio de su representación procesal, alegando de manera sucinta que el actor suscribió con la entidad escritura de subrogación y modificación de crédito de manera libre y voluntaria, previas negociaciones en las que se pactaron las cláusulas que contiene el préstamo, y

entre las que se incluye la cláusula suelo, que nunca llegó a aplicarse, puesto que posteriormente, se negoció la misma; asimismo, el actor conocía todas las condiciones del préstamo y así se reconoce en la escritura tras la información por el Notario autorizante; en todo caso, todos los préstamos fueron firmados, tras las debidas informaciones y negociaciones, y a pesar de las alegaciones vertidas en la demanda, es el actor quien debe acreditar su condición de consumidor, a lo que ha de añadirse que se refiere a la vivienda hipotecada como la habitual, sin embargo, luego reconoce que donde reside habitualmente es en Madrid; en cuanto a la cláusula suelo, la misma se negoció y pactó, sin embargo, nunca se llegó a aplicar tras una nueva negociación posterior, pero lo cierto es que la misma forma parte del precio, como elemento esencial y es clara, sencilla y fue negociada habitualmente; en relación a los gastos a cargo del subrogado, los mismos se ajustan a las leyes y a la reciprocidad de prestaciones; respecto a la renuncia del fuero propio, el mismo se fruto del pacto entre las partes, y en este caso, se corresponde con el fuero legal; sobre la comisión de gestión de reclamación de impagados en una contraprestación por el trabajo realizado; el vencimiento anticipado, por otra parte, se encuentra previsto en el artículo 693 [LH \(RCL 1946, 886 \)](#) , por lo que en ningún modo puede considerarse abusivo ante la previsión legal; los gastos a cargo de la parte acreditada, se recogió en una cláusula clara y sencilla, y comprende gastos necesarios para la realización de las operaciones solicitadas; en cuanto a las cláusulas de dudosa abusividad, fueron igualmente pactadas libre y voluntariamente y eran conocidas todas ellas; sobre el diferencia añadido al euribor, el mismo forma parte del interés variable pactado que consiste precisamente en añadir tal diferencia al mencionado índice; con respecto a la cláusula de venta extrajudicial del bien hipotecado, la misma no merma derecho alguno al consumidor y se limita a remitirse a un procedimiento establecido por ley; el afianzamiento, fue una condición para otorgar el préstamo y era conocido y asumido voluntariamente, siendo conocido y aceptado por el actor; por último, el interés moratorio pactado es acorde a la situación del mercado en el momento de la contratación, sin que se aplicaran los límites legales introducidos posteriormente. En definitiva, se alega que todas las cláusulas cumplen con el control de transparencia y demás exigencias de la normativa protectora de consumidores y usuarios; por todo ello, se solicita la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a la parte demandante.

TERCERO.- Contestada la demanda se convocó a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar el día señalado con asistencia de las partes, siendo exhortadas para que llegaran a un acuerdo, lo que no se logró, mandándose que prosiguiera la audiencia, en la que las partes mantuvieron sus respectivas posturas. Recibido el pleito a prueba, se admitió practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente con el resultado que obra en autos, señalándose a continuación día y hora para la celebración del juicio.

CUARTO.- Comparecidas las partes al acto del juicio, se procedió a la práctica de la prueba admitida en su día en la audiencia previa, con el resultado que obra en autos, tras lo cual se concedió la palabra a las partes presentes, que formularon oralmente sus conclusiones.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

La parte actora ejercita en su demanda acción de nulidad de cláusulas incluidas en escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, instando la condena a la devolución de las cantidades que se hayan abonado por su parte como consecuencia de la aplicación de las cláusulas cuya abusividad se cuestiona.

Por su parte, la demandada se opone a la estimación alegando que los préstamos fueron negociados individualmente y se informó de la naturaleza y contenido de cada una de las cláusulas cuestionadas.

En todo caso, las partes no discuten la existencia de relación contractual materializada en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria objeto de litis.

SEGUNDO

Ha de comenzarse, en primer lugar, analizando si el actor ha de ser considerado consumidor, y por tanto le es de aplicación la normativa protectora de consumidores y usuarios, así como la amplia doctrina y jurisprudencia existente al respecto.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071 \)](#) establece en su artículo 1º, la finalidad de ésta última es la de aproximar las disposiciones legales y reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre los profesionales y consumidores.

A su vez el Art. 2º de la misma, señala que consumidor, es "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional". En tanto profesional, es "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe en el marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

De la documental y la falta de impugnación de la demandada, ha quedado probado que la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el [artículo 3](#) del [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372 \)](#), 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 cuyo tenor "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Pues bien, en el presente caso, tal y como fue alegado por la demandada, el bien hipotecado es una vivienda unifamiliar, siendo el préstamo nº NUM000 destinado a adquirir la referida vivienda sita en la CALLE000 nº NUM001 de Quintanar de la Orden, préstamo en el que además se subrogaba y modificaba el inicial concertado por la Promotora MASOAL; en relación al tercer préstamo con nº NUM002 , el mismo tiene como objeto el pago del importe adjudicado a doña Gracia , coprestataria del actor, en la extinción del condominio del que forma parte la vivienda objeto del préstamo. En definitiva, los tres títulos tienen como objeto fines personales y recaen sobre la vivienda habitual.

En definitiva, es obvio el carácter de consumidor del actor por cuanto la financiación fue destinada a un objeto particular y ajeno a su actividad profesional.

En relación a la alegación de existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo, calificado el demandante como consumidor y como tal le es aplicable la normativa protectora de los intereses a los mismos, siendo el contrato impreso y predispuesto por la otra parte. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus Sentencias de 14 de marzo de 2013, 9 de noviembre de 2010, 26 de octubre de 2006 y 27 de junio de 2000, sostiene que el Juez puede y debe analizar de oficio que la deuda reclamada no se sustente en cláusulas abusivas, lo que es aplicación de las normas protectoras al consumidor, transposición de la Directiva 93/13 sobre nulidad de cláusulas abusivas.

Por su parte, el [artículo 82](#) del TRLGDCU califica de abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato y el artículo 83 de dicho Texto sanciona con la nulidad de pleno derecho y tener por no puestas las cláusulas abusivas, calificando el artículo 85.6 como tales las que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

En cuanto a la normativa nacional, el [artículo 8.1 LCGC \(RCL 1998, 960 \)](#) establece que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. El [artículo 8.2 LCGC](#) se remite a la legislación especial: "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en

todo caso las definidas en la legislación para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y el punto sexto, del [artículo 85](#) 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, determina que será en todo caso cláusula abusiva las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Analizada dicha normativa y la doctrina europea ha de acogerse la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una reciente Sentencia del pleno de 09 de mayo de 2013, que en relación a las cláusulas abusivas y su apreciación por el Juez de oficio establece lo siguiente: "en el derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los [artículos 5.5](#) LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC -"[n]o 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".

En esta misma sentencia, se establece además que el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por último se termina señalando que el supuesto de una cláusula "clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor". Por lo que es evidente que se deberá estar al caso concreto.

Así para considerar abusivas las cláusulas son requisitos:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor - (dejando fuera al profesional o

empresario)-.

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

En el caso de autos, nos encontramos con un contrato de préstamo al consumo redactado por la parte actora de manera unilateral, tratándose de un mero impreso, sin que quepa posible negociación o modificación con carácter bilateral o conjunta por las partes, tratándose, por tanto, de un contrato de adhesión, con condiciones predispuestas de por la parte actora.

Es por ello que han de analizarse las condiciones incluidas en los préstamos con garantía hipotecaria objeto de la presente litis.

TERCERO

ESCRITURA DE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA Nº NUM000 .

En el caso que nos ocupa, se ha aportado escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes el 12 de junio de 2009 (documento nº 3 de la demanda) el cual no ha sido impugnado, y que hace por ello prueba plena, en virtud del [artículo 319 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) : "harán prueba plena en el proceso del hecho, acto o estado de las cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella".

1.- CLÁUSULA LIMITACIÓN A LA VARIABILIDAD DE LOS INTERESES (CLÁUSULA SUELO/TECHO) ESTIPULACIÓN TERCERA BIS:

En la referida STS de 9 de mayo de 2013 , el Alto Tribunal expuso: "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. 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."

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, después de un amplio análisis de la doctrina europea, destacando la [directiva 93/13 /CEE \(LCEur 1993, 1071 \)](#) , y española viene a determinar que las cláusulas suelo como definitorias del objeto del contrato solo pueden dar lugar al control de la abusividad si no superan el control de transparencia o el de claridad exigibles en las mismas, si bien solo en el caso de contratación con consumidores y usuarios no siéndole de aplicación en el caso de profesionales y empresarios.

En esta misma Sentencia, además establece que el control de 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.

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

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

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

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

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

Por último se termina señalando que el supuesto de una cláusula "clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor". Por lo que es evidente que se deberá estar al caso concreto.

En dicho documento se aprecia en la cláusula tercera, donde se modifica, a su vez, la cláusula tercera C del contrato de crédito abierto suscrito por MASOAL, introduciendo un límite a la variabilidad de los intereses al añadir, in fine: "a efectos obligacionales tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la PARTE ACREDITADA, cuya responsabilidad, conforme a la Ley, será por tanto ilimitada, a excepción de la primera disposición del crédito, cuyo tipo máximo y mínimo de interés nominal anual aplicable durante la fase sujeta a intereses variables será del

8% y del 3%, respectivamente".

Dicha cláusula constituye una condición general de la contratación, en tanto está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos y ha sido predispuesta por el empresario, de tal modo que el adherente no tiene otra posibilidad que aceptarla o rechazarla, sin posibilidad de negociar de forma singularizada, reuniendo por tanto los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la [LCGC \(RCL 1998, 960 \)](#) exige para que se trate de una condición general de contratación, resultando a estos efectos indiferente que el adherente sea un profesional o un consumidor.

La cláusula expresada, teniendo en cuenta la condición de consumidor del actor, tal y como se ha expuesto, que se caracteriza como una cláusula suelo y techo, no supera el control de transparencia a que antes se ha hecho referencia, en tanto dicha cláusula no aparece destacada en el contrato de modo que el consumidor adherente haya podido tener un conocimiento de lo que dicha cláusula representaba en el desenvolvimiento del contrato, enmascarándose como una cláusula accesorio en la fijación del precio del contrato cuando en realidad venía a suponer un elemento esencial definidor del objeto contractual, en tanto que una vez que los intereses del mercado bajaran por debajo del suelo establecido en el préstamo hipotecario, este venía a comportarse como si realmente el consumidor hubiere contratado un préstamo a interés fijo, cuando su intención y el fin comercial perseguido era el de un interés variable, el beneficiarse de las posibles evoluciones del mercado de los tipos de interés que le resultaren favorables.

En el caso de autos, y partiendo de lo anteriormente establecido con relación a la cláusula suelo, no se aprecia la existencia de información suficientemente clara de que la misma es elemento definitorio del objeto principal del contrato, y sin que se haya acreditado por la demandada que se le informara adecuadamente, no existe oferta vinculante previa, puesto que la documental aportada como número 4 consiste en una valoración de riesgo y estudio de la propia entidad para valorar la concesión del crédito; además, se dificulta la comprensión de los límites a la variabilidad de los intereses por su inclusión en una cláusula modificadora de una escritura anterior en la que el actor no era parte, la comprensión del verdadero precio del contrato y los límites al interés variable pactado.

Tampoco existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, que hubiera permitido a los actores una comprensión de los que contrataban, ni de otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, que les hubiera permitido realizar una comparativa sobre el esfuerzo económico que la misma supone. Por último remarcar, como también lo hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 , que esta cláusula suelo no solo no es clara y

poco comprensible por lo anteriormente señalado sino que además se ubica entre datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor sin que puede llegar a entender lo relevante de la misma.

Además, ha de reseñarse que la cláusula suelo, no solo se ubica con la cláusula techo en aparente contraprestación, si no que además existe un gran desequilibrio entre las mismas. Pues la cláusula techo se fija en un 8% anual lo cual es impensable, no ahora, que el Euribor está muy bajo, ni en el momento de formalizar la escritura, que estaba también bajo (1 610), sino ni siquiera desde el punto de vista a largo/ medio plazo, si tenemos en cuenta la trayectoria del Euribor, tal y como se ha expuesto, y como se recoge en el documento nº 7 de la demanda.

Por último hay que destacar que la mencionada cláusula es impuesta, considerándose así 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 (STS 05/09/2013).

Por todo lo anterior debe considerarse dicha cláusula abusiva debido a que la misma no es clara, es contraria a la buena fe y causa un claro y amplio desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato, en perjuicio de los prestatarios, demandantes, siendo una cláusula impuesta y sujeta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

Si bien, en todo caso, se declara la nulidad parcial de la misma, suprimiéndose únicamente los límites a la variabilidad de los intereses, es decir, tanto la cláusula techo y suelo, que fija el límite mínimo en el 3% y el máximo en el 8%. Manteniéndose la vigencia del resto de la misma.

Declarada abusiva la cláusula relativa a los límites a la variabilidad de los intereses introducida en la condición o estipulación tercera bis de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de objeto de litis, de conformidad con el artículo 83 del [RDL 1/2007 \(RCL 2007, 74 \)](#) , la cláusula con el contenido será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, sin que proceda la nulidad del contrato de crédito, pues como ya señalo el Tribunal Supremo en la sentencia ya reiterada de 09/05/2013 no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial, y en este caso que la declaración de nulidad de la cláusula suelo no supone la imposibilidad de la subsistencia del contrato de crédito objeto de autos.

Asimismo, consecuencia de la nulidad de la referida cláusula de límites a la variabilidad de los intereses (techo y suelo), la misma ha de tenerse por no puesta, sin que proceda la moderación del mismo, puesto que antes de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 , se permitía al Juez, integrar el contrato; sin embargo, tras el dictado de dicha Sentencia ello no es posible, sucediendo que si se constata, como en el presente caso, la existencia de una cláusula abusiva en contrato celebrado entre profesional y consumidor, el

Juzgador se limitará a dejarla sin aplicación, habiéndose estimado la interpretación del [artículo 6, apartado 1](#) de la Directiva 93/13 , contraria al artículo 83 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre que aprobó el [Texto Refundido de la LGDCU \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#) y normas complementarias que concedían al Juez en los causas de cláusulas abusivas la facultad moderadora que se ha expuesto.

Por último, eliminada dicha cláusula el contrato recobra su esencia como préstamo a interés variable, por lo que la entidad demandada deberá proceder a un nuevo cálculo de los intereses en el desarrollo del contrato, aplicando los que correspondieren en aplicación de los índices de referencia contenidos en el préstamo hipotecario y sin el límite mínimo ni máximo declarado nulo, y en el caso de que del nuevo cálculo de los intereses se desprenda que los prestatarios hubieren abonado en concepto de intereses una cantidad superior a la que le correspondería una vez eliminada la cláusula suelo, la entidad demandada deberá abonar dicha cantidad cobrada en exceso como consecuencia de la aplicación de los límites a la variabilidad, además deberá abonar los intereses devengados por dichas cantidades desde su cobro ([artículos 1303 CC \(LEG 1889, 27 \)](#)); dicha cantidad habrá de computarse desde el momento de la celebración del contrato (tal y como se solicitó de forma subsidiaria en la demanda) hasta el momento en que dejaron de aplicarse tales límites (septiembre de 2015), y ello tal y como ha recogido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

2.- GASTOS A CARGO DEL SUBROGADO: ESTIPULACIÓN QUINTA:

Recoge la cláusula quinta del préstamo: Todos los gastos y tributos que se deriven de esta escritura, serán satisfechos por la parte compradora , incluidos los gastos derivados de las tasas municipales o tributos que conlleve el alta en el servicio de agua, alcantarillado, luz, teléfono o cualquier otro suministro, excepto los derivados de la plusvalía municipal, si se devengare, que serán satisfechos por la parte vendedora".

En relación a esta estipulación ya tuvo oportunidad de pronunciarse el Alto Tribunal en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 , en la que expone: "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 \(RCL 1946, 886 \)](#)) y adquiere la posibilidad de ejecución especial ([art. 685 LEC](#)). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

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

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

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

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

4.- En 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".

En conclusión, la cláusula que impone todos los gastos así como tributos, sin distinción, al consumidor es claramente nula, omitiéndose las normas tributarias y la regulación de sujetos pasivos, tal postura se ha recogido de manera clara y reciente por la SAP Pontevedra, secc. 1ª, de 9 de marzo de 2017 , que tras exponer la citada STS, concluye: "Las mismas consideraciones cabe realizar con relación a la estipulación 5ª, respecto del pago de todos los tributos; así, hemos razonado en el sentido de que atribuir de forma general, en todo caso, al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase, es susceptible de vulnerar la normativa sectorial constituida por el [Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre \(RCL 1993, 2849 \)](#) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban cláusulas idénticas, como las consideradas en aquellos litigios-, la entidad financiera no debía quedar 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 podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y sobre ello, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula. Otra cosa será la atribución del gasto en cada caso concreto, cuestión que a la jurisdicción civil en relación con la obligación tributaria no compete determinar".

Es decir, sólo cabe declarar la nulidad íntegra de la cláusula de atribución de gastos y tributos atendiendo al modo general en que se encuentra redactada.

3.- RENUNCIA AL FUERO PROPIO, ESTIPULACIÓN SEGUNDA:

El penúltimo párrafo de la cláusula segunda prevé: "renuncia expresamente a su fuero propio sometiéndose a los Tribunales de Quintanar de la Orden para cuantos procedimientos puedan derivarse de la escritura de crédito y de la presente en cuanto a la subrogación".

En relación a esta cláusula ha de aclararse que la misma no es abusiva en su redacción por cuanto la misma es conforme al [artículo 90.2](#) TRLGDCU que expresa: "Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble".

En este caso se acuerda la sumisión a los Tribunales de Quintanar de la Orden, Partido Judicial donde se encuentra el inmueble garantía del préstamo, y precisamente, se cumple con el fuero legal que para estos supuestos se impone imperativamente, por ello, la referida cláusula no es nula.

CUARTO

ESCRITURA DE CRÉDITO ABIERTO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, suscrito entre la entidad demandada y la mercantil PROMOCIONES MASOAL S.L., de 28 de febrero de 2007 (documento nº 2 de la demanda), cuyo contenido fue asumido por el préstamo descrito en el fundamento anterior, salvo las modificaciones que el mismo introdujo; debiendo analizarse las siguientes cláusulas:

1.- INTERESES MORATORIOS, PACTO SEXTO:

Pues bien, sin reiterar la doctrina expuesta, la cual se da por reproducida en relación a los controles de transparencia y claridad que deben regir los contratos entre consumidores y profesionales, lo cierto es que tal cláusula sexta no cumple dichos parámetros legales y jurisprudenciales.

En relación a los intereses moratorios, ha de aclararse que los mismos persiguen la indemnización del perjuicio irrogado al prestamista que no recupera el capital prestado en el tiempo y modo convenido, el control de oficio de los intereses fijados en contratos de adhesión suscritos con consumidores, requiere comprobar que los mismos son proporcionados y acomodados al equilibrio contractual y patrimonial.

Para valorar esa desproporción, en los supuestos de intereses moratorios, podemos tener como referencia y acudir a otros legalmente fijados: así los intereses moratorios para operaciones comerciales a las que se refiere la Ley 3/2004, la mora de las entidades aseguradoras en caso de retraso en el abono de indemnizaciones a asegurados y perjudicados previstos en el [artículo 20 LCS \(RCL 1980, 2295 \)](#) , el fijado en la Ley de contratos de crédito al consumo (Ley 16/2011, de 24 de febrero - no es posible una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, etc..). En todos ellos los intereses fijados son inferiores al 20 5 % del de demora establecido. Por último, ha de traerse a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 , en el que tras analizar un caso similar al que nos ocupa, establece lo siguiente: "En el caso de los contratos de préstamo sin garantía real celebrados por negociación, las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado. Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

6.- La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una

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

7.- La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el [art. 576](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

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

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.

En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%".

Asimismo, actualmente el [artículo 114 LH \(RCL 1946, 886 \)](#) fija como límite para los intereses moratorios el triple del interés legal, resultando que el interés moratorio fijado excede dicho límite a la vista de los porcentajes en los que se ha movido el interés legal desde la firma del contrato de crédito, estos es, entre 3% y 5%.

En definitiva, y acogiendo dicha doctrina, es evidente que el interés moratorio del 20% del presente contrato es claramente abusivo, puesto que excede en más de dos puntos el interés remuneratorio que en este caso es variable, y que en este caso es el Euribor más un diferencial que no alcanza un punto, y que atendiendo a los bajos porcentajes en los que se mueve dicho índice de referencia (documento nº

7) en ningún caso se aproxima al 20 %, por lo que no cabe más que declarar abusiva tal cláusula. Dicho porcentaje al 20 5 % ya ha sido considerado abusivo por la doctrina así en casos similares SSAP Pontevedra, secc. 1ª, de 14/12/2016 ; Córdoba, secc. 1ª, de 27/01/2015 , entre otras.

Es por ello, que ha de considerarse tal tipo claramente abusivo, y por tanto, ha de declararse nula el pacto sexto de manera parcial, esto es, sólo en relación a los intereses moratorios, sin que proceda la moderación del mismo, acogiéndose la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la Sentencia mencionada anteriormente de 24 de abril de 2015 , donde se recoge: "Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

2.- COMISIÓN DE GESTIÓN DE RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS, PACTO CUARTO APARTADO E).

Dicha estipulación establece una comisión de 30 euros por gestión de reclamación de impagados.

Pues bien, el [artículo 3](#) de la [Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre \(RCL 2011, 1943 y 2238\)](#) , de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En este mismo sentido se pronunció el Banco de España por Circular 8/90, de 7 de septiembre, derogada conforme establece la disposición derogatoria de la [Circular 5/2012, de 27 de junio \(RCL 2012, 943 y 1390\)](#) , del Banco de España.

El criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, expuesto en la memoria de 2007, página 84, acerca de la comisión por reclamación de posiciones deudoras es: "Esta comisión constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de su(s) cliente(s). Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: -Su

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

El Banco de España ya expuso en sus memorias cuáles son los requisitos para el cobro de cualquier comisión: "la normativa que regula las comisiones aplicables por las Entidades de Crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la Orden de diciembre de 1989 y [norma 3ª](#) de la [Circular del Banco de España N.º 8/1990 \(RCL 1990, 1944 \)](#) ", si bien, impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno, que respondan a servicios efectivamente prestados que hubieren sido aceptados o solicitados en firme por el cliente y, otro, que se recojan en el contrato y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el Banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público; y recoge el criterio de su Servicio de Reclamaciones.

Las resoluciones de las Audiencias Provinciales vienen acogiendo aquéllos criterios, así SSAP de Madrid, Sección 14ª, 6/05/201 ; secc. 21ª, de 11/11/2015 , secc. 14ª, de 25/11/2015 , o SAP Barcelona, secc. 13ª, de 2/3/2015 .

En el caso que nos ocupa, es cierto que se han pactado tales comisiones, sin embargo, no se ha acreditado la prestación efectiva del servicio adicional que retribuye la citada comisión, ni tampoco se ha acreditado que la presentación a cobro haya generado tal gasto, sin que pueda considerarse realizado de manera efectiva tal servicio o el coste adicional por la remisión de reclamaciones del saldo deudor o devolución de recibos, por ello, ha de declararse nula la cláusula E) del pacto cuarto, debiendo condenarse a la entidad demandada abonar al actor los cargos efectuados por este conceptos, que ascienden a 533 93 euros (documento 8 de la demanda).

3.- VENCIMIENTO ANTICIPADO. PACTO DÉCIMO:

La cuestión de la nulidad de una estipulación que prevé la facultad de vencer anticipadamente el contrato ante cualquier incumplimiento del deudor, ha sido resuelta por la STS de 23/12/2015 , reiteradamente mencionada , reproducido en la de 18/02/2016 , y que igualmente confirma la STJUE de 26 de enero de 2017, y que recoge: "En nuestro ordenamiento jurídico, el [art. 1.129 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada

en el [artículo 693.2](#) LEC siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el [artículo 1.256](#) del Código Civil (sentencias de 2 de enero de 2006 , 4 de junio de 2008 , 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009 , entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre , con base en el [art. 1255](#) CC , reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos «cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo». A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011, señalamos: «Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los [artículos 1125](#) y [1129](#) del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio , precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad ([art. 1255](#) CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo. (...).

2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 , sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la

Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - [art. 693.3, párrafo 2](#) , LEC , en redacción actual dada por [Ley 19/2015, de 13 de julio \(RCL 2015, 1082 \)](#)). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves." Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el [art. 693.2](#) LEC , cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo" ; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo»

-en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071 \)](#) - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el [art. 693.2 LEC](#) , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)".

Pues bien, en el presente caso, es obvio el carácter nulo de la referida cláusula atendiendo a la cuantía total del préstamo hipotecario suscrito, 134.640 euros, y al hecho de que un solo impago pueda facultar para exigir el vencimiento total del mismo, y por tanto, su reintegro íntegro; considerándose desproporcionado no sólo en relación a la cuantía sino también en relación a la duración del préstamo.

A esta resolución llega igualmente la AP Toledo, secc. 2ª, en su reciente Auto de fecha 10 de marzo de 2017 al expresar, tras analizar la Sentencia del TJUE de 26 de enero de este año: " (...) "Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera los estándares de control pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad la Ley 1/2013 lo haya permitido cuando se trate de vivienda habitual) y en cualquier caso, una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva dado que no se vincula a parámetro cuantitativa o temporalmente graves". Aplicando la tesis expuesta al supuesto que nos ocupa es obvio que el examen de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquier obligación, por impago de una sola cuota o impago de intereses, de ahí que resulte procedente revocar el auto dictado y estimar el incidente de oposición al despacho de ejecución".

Por todo ello, ha de declararse la nulidad del pacto de vencimiento anticipado incluida en la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria.

4.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE ACREDITADA. PACTO DÉCIMOQUINTO:

Se da por reproducido el punto dos del fundamento jurídico anterior debiendo

declararse la nulidad del pacto 15º, debiendo condenarse a la entidad bancaria a reintegrar al actor las cantidades que hubiera satisfecho en este concepto, y si así hubiere sucedido, y que no le correspondía satisfacer.

5.- RENUNCIA AL DERECHO DE NOTIFICACIÓN EN CASO DE CESIÓN DE CRÉDITO. PACTO DUODÉCIMO

Dicho pacto prevé expresamente: "La PARTE ACREDITADA renuncia al derecho de notificación en caso de cesión o venta de todo o parte del crédito hipotecario, de conformidad con la Ley Hipotecaria".

La parte demandante alega la posible abusividad de la referida cláusula, tomándola en consideración y conjuntamente con el pacto 16º que obliga al acreditado a cumplir unos requisitos formales si fuera el supuesto contrario, esto es, la transmisión por su parte del bien. Sin embargo, no es necesario dicha comparación, aun cuando la falta de reciprocidad es patente, sino que por sí misma, la renuncia a dicha notificación de la cesión es nula, sin perjuicio de que nuestro ordenamiento otorgue validez a la cesión aun cuando no se haya notificado la cesión, lo que tendrá efectos en la relación entre las partes ([artículos 1557 CC](#) , 149 y 176 LH), sin embargo, se considera nulo la renuncia a tal derecho desde un primer momento. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 16/12/2009 expone: "Que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil . Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª [LGDCU \(RCL 2007. 2164 y RCL 2008. 372\)](#) . La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva "la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos". La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex [art. 1.255 CC](#) se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El [art. 149 LH](#) admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al [art. 151 LH](#) si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el [art. 242 RH \(RCL 1947, 476 y 642\)](#) admite que el deudor renuncie a que se

le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contra tos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso)".

Asimismo, en resoluciones anteriores del Alto Tribunal, Sentencias de 11 de julio de 2005 , 19 de febrero de 2004 y 21 de marzo de 2002 ha declarado que si bien no es preciso el consentimiento del cedido para que tenga lugar la cesión del crédito si ha de conocerla para evitar que pague al cedente y quede liberado, porque recibirá el importe quien ya no es titular del crédito. En definitiva para que la cesión del crédito se produzca no es preciso el consentimiento pero sí para que éste quede vinculado, quedando obligado a pagar a quien es titular, y si no lo hace no se liberará.

En ningún caso es admisible que la cesión vulnere los derechos reconocidos a los consumidores y usuarios, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en la sentencia a la que los recurrentes se ha venido refiriendo de 16 de diciembre de 2009 , y otras anteriores como la de 15 de julio de 2002 ; porque la cesión no le puede privar de los derechos que él mismo tiene, es decir, el de liberarse pagando a quien era el titular del crédito si no se le ha notificado. En definitiva lo que no es posible es admitir cláusulas que generen perjuicios, por tanto los efectos".

En definitiva, aun cuando no sea necesario el consentimiento ni el conocimiento de la cesión, la renuncia a tal notificación de cesión supone una vulneración de los derechos reconocidos en la normativa protectora de consumidores y usuarios, por lo que procede declarar la nulidad del pacto decimosegundo.

QUINTO

ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA Nº NUM002

Dicho préstamo (documento nº 5 de la demanda) fue suscrito entre Caixa Bank y don Agapito en fecha 30/11/2010 por importe de 20.500 €, ampliándose el capital del préstamo obtenido mediante escritura objeto de análisis en el fundamento tercero de esta resolución, acordándose el pago total en 360 cuotas mensuales.

1.- LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS APLICABLE: PACTO TERCERO BIS C:

El referido pacto establece in fine: "A efectos obligacionales, los tipos máximo y mínimo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo durante

la fase sujeta a intereses variables, será del siete enteros por ciento (7%) y del tres enteros por ciento (3%) respectivamente".

Dicha cláusula, tal y como se ha descrito en el fundamento anterior, constituye una condición general de la contratación, en tanto está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos y ha sido predispuesta por el empresario, y no supera el control de transparencia a que antes se ha hecho referencia, en tanto dicha cláusula se enmascara como una cláusula accesorio en la fijación del precio del contrato cuando en realidad venía a suponer un elemento esencial definidor del objeto contractual, en tanto que una vez que los intereses del mercado bajaran por debajo del suelo establecido en el préstamo hipotecario, este venía a comportarse como si realmente el consumidor hubiere contratado un préstamo a interés fijo, cuando su intención y el fin comercial perseguido era el de un interés variable, el beneficiarse de las posibles evoluciones del mercado de los tipos de interés que le resultaren favorables.

Por ello, y al igual que en el préstamo anterior no se aprecia la existencia de información suficientemente clara de que la misma es elemento definitorio del objeto principal del contrato, y sin que se haya acreditado por la demandada que se le informara adecuadamente; además, y se dificulta por su inclusión en una cláusula con sucesivos apartados que hacen referencia a índices bancarios, y porcentajes, dificultándose enormemente su comprensión.

Tampoco existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, que hubiera permitido a los actores una comprensión de los que contrataban, ni de otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, que les hubiera permitido realizar una comparativa sobre el esfuerzo económico que la misma supone. Además, ha de reseñarse que la cláusula suelo, tal y como sucedía en la anteriormente analizada no solo se ubica con la cláusula techo en aparente contraprestación, si no que además existe un gran desequilibrio entre las mismas. Pues la cláusula techo se fija en un 7% anual lo cual es igualmente impensable, dándose por reproducido la argumentación ya expuesta. Por todo ello, se declara la nulidad de la cláusula F del pacto tercero bis, que se mantiene con el resto de su contenido.

Por último, declarada nula, ha de ser eliminada del contrato, debiéndose reintegrar por la demandada aquellas cantidades que hubieran sido satisfechas por el actor en aplicación de la misma desde la celebración del contrato hasta que se dejó sin efecto, tal y como se insta con carácter subsidiario.

2.- DIFERENCIAL: PACTO TERCERO BIS D

Diferencial: "Es una magnitud porcentual invariable durante toda la vigencia del

préstamo. El diferencial es de dos punto, para el Índice de Referencia Adoptado y de cero entero y cincuenta centésimas de punto, para el Sustitutivo".

En relación a la posible abusividad del diferencial recogido en la cláusula D del pacto tercero bis, el mismo no se comparte por quien suscribe las alegaciones expuestas por la parte demandante que califica tal diferencial añadido al Euribor como una cláusula suelo encubierta, y ello por cuanto se trata del método ordinario y común en el que los prestamistas, en este caso, la entidad bancaria fija el precio del préstamo cuya variabilidad no se considera que se vulnere con la fijación de un diferencial a añadir al Euribor, tipo variable, puesto que precisamente, y a diferencia de lo que sucede con la cláusula suelo, el interés continuará variando dependiendo de las fluctuaciones que sufra el índice de referencia fijado, es decir, que nunca actuará como una cláusula suelo o límite.

Asimismo, ha de traerse a colación La STS de 9 de mayo de 2013 donde se indica 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 o 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); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia".

En consecuencia, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial, siendo en este caso claro el pacto que forma parte del precio, y que en todo caso, no pierde su carácter variable puesto que el índice fijado (Euribor) así lo permite.

Por todo ello, analizada la cláusula y los términos de la misma, no puede definirse como una cláusula suelo encubierta.

3.- VENCIMIENTO ANTICIPADO: PACTO SEXTO BIS

El vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos ya ha sido analizado en el fundamento anterior, debiendo darse por reproducida la argumentación que lleva a declarar la nulidad de tal pacto, teniendo en cuenta que dicha previsión no tiene en cuenta ni la duración total del contrato (360 cuotas o 30 años) ni el precio del mismo, siendo desproporcionada la previsión que posibilidad que la falta de pago de una sola de las cuotas, o cualquier otro gasto, faculte al acreedor a dar por vencido la totalidad del préstamo, tal y como se ha expuesto anteriormente. Por ello, ha de acordarse la nulidad del pacto sexto bis.

4.- COMISIÓN DE GESTIÓN DE RECLAMACIÓN DE IMPAGADOS: PACTO

CUARTO C)

Dicha cláusula establece una comisión de 30 € por cada cuota que resulte impagada.

Pues bien, dándose por reproducido lo expuesto en los fundamentos anteriores, la parte demandada no ha acreditado que se haya generado dicho gasto, y en todo caso, el mismo no se puede prever de antemano, debiéndose reclamar únicamente por los servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. En definitiva, tal pacto ha de declararse nulo, debiendo eliminarse del contrato, reintegrar la entidad bancaria aquéllas cantidades que se hubieran cobrado en tal concepto.

5.- INTERESES MORATORIO: PACTO SEXTO

Nuevamente ha de darse reproducida la argumentación expuesta anteriormente sobre la nulidad del interés moratorio fijado en 20 5 %, índice totalmente desproporcionado no sólo al precio del dinero o interés legal en el momento de la contratación, sino que excede el límite fijado en el [artículo 114 LH \(RCL 1946, 886 \)](#) actual, así como el baremo fijado por el Alto Tribunal sobre el interés moratorio razonable en la contratación con consumidores (remuneratorio más dos puntos), el cual excede de manera clara tal y como se razonó en fundamentos anteriores.

Por ello, igualmente procede declarar la nulidad del pacto sexto bis relativo al interés moratorio, debiendo devengar el préstamo únicamente el remuneratorio hasta la finalización del mismo. Y en el supuesto de que se haya producido cobro alguno en este concepto, habrá de procederse a su devolución ([artículo 1303 CC \(LEG 1889, 27 \)](#)).

6.- VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO: PACTO UNDÉCIMO

Dicha cláusula prevé la venta extrajudicial del bien hipotecado por medio de Notario en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Sobre dicha cláusula ya ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 25 de abril de 2017 donde expone lo siguiente: "Por otra parte, ya aclaramos en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva [SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13 , Ku?ionová) y 25 de junio de 2015 (asunto C-32/2014, Sugár)].

3. La cláusula cuestionada, la estipulación 11ª (transcrita en el fundamento jurídico primero), contiene un pacto por el que de forma expresa las partes acuerdan la posibilidad de que, en vez del procedimiento de ejecución judicial, el acreedor hipotecario pueda acudir para realizar el bien, en caso de vencimiento anticipado, al procedimiento de ejecución o venta extrajudicial previsto en el [art. 129 LH](#) y los

correspondientes preceptos del [Reglamento Hipotecario \(RCL 1947, 476 y 642\)](#) (art. 234 y ss .).

La regulación contenida en el [art. 129](#) LH ha variado de cuando se firmó y novó el contrato de préstamo hipotecario (18 de enero de 2006 y 30 de enero de 2008, respectivamente), en que se incluyó la reseñada estipulación 11ª, y luego se instó la ejecución extrajudicial (1 de febrero de 2013), al momento presente.

En su originaria redacción, el precepto no contenía ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas.

Por contraste, en su redacción actual (tras las modificaciones introducidas por [Ley 1/2013, de 14 de mayo \(RCL 2013, 718 \)](#) , y la [Ley 19/2015, de 13 de julio \(RCL 2015, 1082 \)](#)), el [art. 129](#) LH dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución.

De este modo, aunque el [art. 129](#) LH , al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido.

4. A la vista de lo anterior, conviene advertir que el eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del [art. 129](#) LH , dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí.

En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo que el Tribunal de Justicia encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071 \)](#) [STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13 , *Kuřionová*)], debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el [art. 129](#) LH , y por ello sería negativo.

Mientras que en las ejecuciones abiertas bajo el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula , la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio [art. 129](#) LH .

5. Ahora bien, no podemos perder de vista que estamos ante una acción

individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso.

En nuestro caso, se pide la nulidad de la estipulación 11^a, pero no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11^a justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real".

Pues bien, a la vista de lo expuesto, lo cierto es que tal pacto de venta extrajudicial no puede considerarse nulo por sí mismo, y ello por cuanto dicho procedimiento extrajudicial de venta se encuentra legalmente previsto en el [artículo 129 LH](#) ,. Si bien, matiza el Tribunal Supremo que se podría considerar nulo el pacto en aquéllos supuestos que no hubieran podido alegarse la abusividad de las cláusulas contenidas en el préstamo, por cuanto en la regulación anterior no existía trámite a tales efectos, a diferencia de la actual redacción del [artículo 129 LH](#) que permite la suspensión del procedimiento para valorar el posible carácter abusivo de los pactos incluidos en la escritura de préstamo hipotecario. Por ello, y teniendo en cuenta que actualmente tal procedimiento no produce indefensión alguna, y se

encuentra legalmente previsto, no se considera abusivo el pacto por el cual las partes acuerdan la venta extrajudicial por Notario, sin que se haya acreditado por el actor que se haya materializado dicho procedimiento con la imposibilidad de alegar u oponer la existencia de cláusulas abusivas. En este sentido ya se había pronunciado la SAP de Córdoba, secc. 1ª, de 27/01/2015 , que confirmaba la validez de tal pacto.

7.- RENUNCIA DE NOTIFICACIÓN DE CESIÓN DE CRÉDITO: PACTO DUODÉCIMO

Dicho pacto ha de ser declarado nulo por abusivo, dándose por reproducidos los fundamentos y motivación alegados en el fundamento jurídico anterior.

8.- AFIANZAMIENTO. PACTO DECIMOCTAVO

En dicho pacto, don Jose Carlos y doña Caridad garantizan solidariamente con la parte prestataria el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la escritura de préstamo, renunciando a los beneficios de excusión u orden, división y cuantos otros pudieran corresponderles y se constituyen garantes por todo el tiempo que dure el préstamo, así como por las prórrogas.

En primer lugar ha de mencionarse que la fianza es un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona física en la que concurre la condición de consumidor y de un crédito hipotecario concedido para la adquisición de su vivienda habitual, el régimen tuitivo derivado de la LDCU es extensible a los fiadores, salvo que éstos actúen en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, que no es el caso. Como dice la SAP Madrid, sección 12, del 14 de marzo de 2013 , no es admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas. Por tanto, ninguna duda existe acerca de la aplicabilidad a este pacto de las normas protectoras de los consumidores y usuarios.

En el presente caso ha de resaltarse que la parte demandada reconoce en su escrito de contestación (página 14) que dicho pacto fue una condición sine qua non o ineludible para conceder el préstamo con garantía hipotecaria, es decir, una obligación. Excediendo por tanto del carácter voluntario que debe regir dicha asunción de garantía, y sin posibilidad de negociación a la vista de las alegaciones vertidas por la entidad bancaria. En conclusión, es patente que se trató de una cláusula o pacto impuesto ajeno a cualquier negociación.

Pues bien, partiendo de esto, y teniendo en cuenta el indudable carácter abusivo de la renuncia de los derechos de beneficio de excusión, y que va implícita en la fianza solidaria pactada, renuncia totalmente contraria a los derechos de consumidores y usuarios que ostentan los avalistas, ha de analizarse la nulidad de la cláusula en su conjunto, bajo el prisma, como se ha dicho, de su carácter

impuesto e innegociable.

Pues bien, a la vista de tal pacto 18º, y de las consecuencias de la fianza solidaria, no se ha acreditado por la entidad bancaria que se explicara de manera clara las consecuencias de la fianza solidaria, y la renuncia de derechos que la misma conlleva, esto es, beneficio de excusión u orden y división; términos que son incomprensibles para el lego en derecho o sin conocimientos financieros y que, atendiendo a las consecuencias de los mismos, merecían un análisis e información detallada que no se ha acreditado que se suministrara. Asimismo, se debió explicar al consumidor las diferencias entre fianza solidaria y ordinaria, y las consecuencias de una y otra, para que aquél hubiera recibido la información completa con el fin de valorar la suscripción de una y otra. Circunstancias que tampoco se han acreditado.

Tales razones, es decir, la falta de explicación de las consecuencias de la fianza solidaria y de la renuncia de los beneficios correspondientes, junto con el hecho indiscutible de su carácter impuesto, hace que la cláusula que fija un afianzamiento solidario con renuncia de derechos de beneficio de excusión u orden, división y cuantos otros pudieran corresponderle, no supere el control de transparencia y haya de declararse nula en su integridad, teniendo en cuenta que se ha reconocido el carácter impuesto del pacto, sin el cual no se habría otorgado el préstamo objeto de autos, a pesar de que se trataba de un contrato con garantía real o inmobiliaria, es decir, existía un bien inmueble que garantizaba el pago del crédito concedido, y por tanto, no se justifica la imposición sin opción a negociación o sin opción a pactar un afianzamiento menos gravoso, como pudiera ser el ordinario.

SEXTO

Como consecuencia de la nulidad de las cláusulas referidas, se tienen por no puestas en los contratos, debiéndose condenar a la entidad demandada a eliminarlas de los referidos contratos, y a abonar al actor las cantidades que éste hubiera satisfecho en virtud de las cláusulas declaradas nulas desde la fecha del contrato hasta su eliminación, cantidades que devengarán el interés legal desde su cobro hasta la presente resolución, y a partir de la ésta los del [artículo 576 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) , asimismo deberá abonar los gastos derivados de la nueva redacción e inscripción, si procediera, y ello en virtud de los [artículos 1303 CC \(LEG 1889, 27 \)](#) , y 1100 y siguientes, en cuanto a los intereses.

SÉPTIMO

Habiéndose estimado íntegra o sustancialmente la demanda, procede imponer las costas del procedimiento a la demandada ([artículo 394 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#)), quien además había sido requerida extrajudicialmente (documentos 11 a 17 de la demanda).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña M^a Cruz López Lara en nombre y representación de don Agapito , contra la entidad mercantil LA CAIXA, acuerdo:

1

En relación con el préstamo con garantía hipotecaria N^o NUM000 , declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

- a) Limitación a la variabilidad de los intereses (cláusula suelo/techo) incluida en la estipulación tercera bis in fine.
- b) cláusula de imposición de gastos a cargo del subrogado incluida en estipulación quinta.

2

En relación con el préstamo suscrito con PROMOCIONES MASOAL S.L., de fecha de 28 de febrero de 2007, declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

- a) Intereses de demora incluidos en la cláusula sexta.
- b) Comisión de gestión de reclamación de impagados, incluida en cláusula cuarta apartado E).
- c) Vencimiento anticipado incluido en cláusula décima.
- d) Gastos a cargo de la parte acreditada, incluidos en cláusula decimoquinta.
- e) Renuncia al derecho de notificación en caso de cesión de crédito, cláusula duodécima.

3

Respecto del préstamo con garantía hipotecaria n^o NUM002 , declarar la nulidad de las siguientes cláusulas:

- a) Límite a la variación del tipo de interés aplicable (cláusula suelo/techo) incluido en cláusula tercera bis C (manteniéndose la validez del diferencial añadido al índice de referencia, respecto a los intereses a aplicar).
- b) Vencimiento anticipado incluido en cláusula sexta bis.
- c) Comisión de gestión de reclamación de impagados, cláusula cuarta C.
- d) Intereses moratorios, cláusula sexta.
- e) Renuncia a notificación de cesión de crédito, cláusula duodécima.

f) Afianzamiento, cláusula decimoctava.

En consecuencia, se tienen por no puestas las referidas cláusulas declaradas nulas, condenándose a la entidad demandada a eliminarlas de los referidos contratos, a liberar a los fiadores solidarios, y a abonar al actor las cantidades que éste hubiera satisfecho en virtud de las cláusulas declaradas nulas desde la fecha del contrato hasta su eliminación, cantidades que devengarán el interés legal desde su cobro hasta la presente resolución, y a partir de la ésta los del [artículo 576 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , asimismo deberá abonar los gastos derivados de la nueva redacción e inscripción, si procediera, de los contratos, todo ello con condena en costas a la demandada.

Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de sentencias.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo, a presentar en este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, doña Lourdes Ramírez Castro, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Quintanar de la Orden y su partido. Doy fe.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058 \)](#) , de protección de datos de carácter personal)".

PUBLICACIÓN

.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia el mismo día de su fecha por la Sra. Juez que la suscribe hallándose celebrando Audiencia Pública; doy fe.