



Roj: **SJPI 4/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:4**

Id Cendoj: **25120420062020100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Lleida**

Sección: **6**

Fecha: **09/03/2020**

Nº de Recurso: **308/2019**

Nº de Resolución: **214/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **LAURA BUESO HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 4/2020,**
SAP L 153/2021

Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida

Edificio Canyeret, 3-5, planta 3 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973700136

FAX: 973700135

EMAIL:instancia6-mercantil.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2512042120198070865

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 308/2019 -E

-

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiaamiento con garantías reales inmob. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2204000004030819

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida

Concepto: 2204000004030819

Parte demandante/ejecutante: Olegario , Noelia

Procurador/a: Maria Jose Altisent Camarasa, Maria Jose Altisent Camarasa

Abogado/a: MARC TORRES BACARDI

Parte demandada/ejecutada: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a: Natalia Puigdemasa Domenech

Abogado/a: Luis Briones Bori

SENTENCIA N° 214/2020

Magistrada: Laura Bueso Hernandez

Lleida, 9 de marzo de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda de Juicio Ordinario, en cuyo suplico solicitaba:

1.-Se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida la cláusula 3.2, de la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 16 de abril de 2010, ante el Notario de Agramunt, D. Maria Esmeralda Moreno Muñoz, y que establece que el Tipo a aplicar será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades de crédito", y en consecuencia se condene a la demandada a:

1.1.- Eliminar y dejar sin efecto alguno, y por tanto sin aplicación, la cláusula de interés variable (Cláusula 3.2);
1.2.- Volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, como si la mencionada cláusula nunca se hubiese aplicado, de tal forma que deberá proceder a recalcular las cuotas sin intereses dejando de aplicar el IRPH Entidades, quedando obligado el demandante a devolver solo el capital, manteniendo el préstamo hasta su cancelación sin devolución de intereses.

1.3.- A restituir a mis mandantes todas aquellas cantidades que éstos hayan pagado en concepto de intereses en aplicación del índice IRPH Entidades desde la segunda fase de intereses (16.3.2011), más los intereses legales de las sumas desde sus respectivos abonos.

2.-Se declare la nulidad por abusiva de la cláusula 3.3 sobre limitación a la variabilidad del tipo de interés, incluida en el contrato de préstamo hipotecario referenciado, y se condene a la demandada a reintegrar a los demandantes las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula, y que se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses correspondientes calculados desde el pago de cada una de las mensualidades hasta su devolución, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

3.-Se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en la cláusula cuarta, de la citada escritura de préstamo hipotecario, correspondiente a la comisión de apertura, y en consecuencia se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a dejar la misma sin efecto alguno, y a devolver a mis mandantes la cantidad de MIL CIENTO OCHENTA Y DOS EUROS CON DOS CÉNTIMOS (1.182,02 €), más el interés legal calculado desde que mis mandantes realizaron el pago de dicha cantidad hasta que la demandada haga efectiva su devolución.

4.-Se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en la cláusula quinta, de la citada escritura de préstamo - hipotecario, correspondiente a los gastos a cargo de la parte acreditada, y en consecuencia se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a dejar la misma sin efecto alguno, y a devolver a mis mandantes las cantidades pagadas en concepto de Notaría, Registro de la Propiedad y Gestoría, más el interés legal calculado desde que mis mandantes realizaron el pago de dicha cantidad hasta que la demandada haga efectiva su devolución.

5.-Se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida la cláusula séptima, de la escritura de préstamo hipotecario indicado, sobre vencimiento anticipado, y en consecuencia se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a dejar la misma sin efecto alguno.

6.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas.

SEGUNDO.- Que admitida la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal compareciera en autos, asistida de Abogado y Procurador, y contestara aquella, lo cual verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, con arreglo a las prescripciones legales, solicitando que se dictara sentencia, desestimando las pretensiones de la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se acordó convocar a las partes a la vista prevista en el art. 443 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero, que tuvo lugar 23/07/2019, con asistencia de todas las partes intervinientes. La parte actora desistió de la declaración de nulidad de la comisión de apertura, a lo cual se opuso la demandada por resultar extemporáneo. La parte actora propuso prueba documental y la demanda solicitó además de la documental también la declaración de un testigo y el interrogatorio de la parte actora, lo cual fue íntegramente admitido, señalando como fecha de juicio el 08/10/2019.

CUARTO.- Llegado el día del juicio, comparecieron todas las partes. Una vez practicada la prueba que fue admitida en audiencia previa, se acordó en el acto dar traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la suspensión del dictado de la sentencia a la espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, relativo a la declaración de nulidad del interés variable IRPH. Por esta Juzgadora se acordó la suspensión del dictado de la sentencia, lo cual fue recogido por auto de fecha 08/11/2019.

QUINTO.- En fecha 03/03/2020 la Sala Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia con núm. de recurso C-125/2018. Por esta juzgadora se ha procedido a dictar la presente sentencia una vez

resuelta la cuestión prejudicial planteada. En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Determinación del objeto de la controversia.

Según han manifestado las partes son elementos **controvertidos en este pleito** :

- 1.- Negociación y explicación de las cláusulas cuya nulidad se solicita y si es condición general de la contratación.
- 2.- Las consecuencias de la determinación de la nulidad de dichas cláusulas.
- 3.- La condición de consumidora del actor y el destino del préstamo.
- 4.- El desistimiento de la nulidad de la comisión de apertura.
- 5.- La carencia sobrevenida de objeto de la declaración de nulidad del vencimiento anticipado.

Las partes no discuten la relación contractual entre ellas.

Segundo.- Sobre determinación de la cuantía del pleito (infracción del 219 LEC).

En la contestación a la demanda, la demandada manifestó que entendía que existía infracción de norma procesal (253 y 219.2 LEC), por entender que debía determinarse la cuantía del procedimiento en atención a las peticiones formuladas en la demanda. En la Audiencia Previa, la parte actora mantuvo que el pleito era de cuantía indeterminada porque las acciones que ejercitaba eran de nulidad, y no de reclamación de cuantía. Paralelamente al primer argumento de la demandada, esta introduce la prohibición de sentencias con reserva de liquidación (cuestión derivada de lo anteriormente defendido por la misma parte).

Sobre esta problemática, y en el mismo sentido manifestado en la Diligencia de Ordenación de 6 de mayo de 2019, el art. 219. 1. de la LEC dispone: "*Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética*".

Teniendo en cuenta el artículo citado, así como lo dispuesto en el artículo 253.3 del mismo texto legal, no puede atenderse la petición de la parte demandada. En este pleito, la parte actora está ejercitando acciones principales de la misma naturaleza. Es decir, estamos ante dos acciones de nulidad, previstas en el art. 8 Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, LGCC, frente a los pactos 3 y 5 del préstamo hipotecario, por entender que los mismos son abusivos al contravenir la regulación contenida en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, y la doctrina dimanante desde la STS de 9 de mayo de 2013. A la práctica se están ejercitando las acciones definidas en el 249.1.5 LEC, que son de cuantía indeterminada. Otra cuestión sería que como consecuencia de una posible nulidad deba establecerse el efecto restitutorio de las cuantías entregadas, según lo estipulado originariamente en dichas cláusulas. Pero precisamente, es necesario primero examinar la nulidad o no del pacto, para poder determinar, a posteriori, las cantidades que deben entregarse a consecuencia de este análisis. Ergo, estamos ante acciones de cuantía indeterminada. Y por ello, no se produce vulneración alguna a la prohibición de pronunciar sentencias con reservas de liquidación.

Por todo lo argumentado, se desestimó la excepción procesal planteada.

Tercero.- Condición de consumidor

La parte demandada discute la condición de consumidora de la parte actora porque manifiesta que el destino del garaje anejo a la vivienda hipotecada tiene como destino una actividad empresarial.

Sobre el concepto de consumidor, el artículo 2b. de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone: "*A efectos de la presente Directiva se entenderá por: b) « consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*". En la misma línea, el 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, en su artículo 3 declara: "*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto*

expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

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 (introducido por Ley 3/2014, 27 marzo)".

Teniendo en cuenta la normativa introducida, y la jurisprudencia que analiza esta cuestión (en especial Auto TJUE, 19 noviembre 2015, Asunto C-74/15; Auto TJUE, 14 septiembre 2016, Asunto C-534/15) procede analizar la situación en la que la actora celebró el contrato de préstamo. El principal argumento de la entidad bancaria, es que el destino del préstamo hipotecario es la adquisición de dos fincas que se destinaron a uso comercial, la primera de las dos ya viene descrita en la nota registral como "local o almacén" y la segunda como "Piso vivienda". No obstante ello, atendiendo a las referencias catastrales de ambas fincas, señala que el destino común de las mismas es el de "almacén".

En su interrogatorio, el actor explica que el préstamo hipotecario no se constituye sobre el taller porque este pertenece a sus padres, añadiendo que su vivienda tiene acceso por dos calles, y por ello constituye la misma finca.

En este orden de cosas, el actor ha despejado las dudas introducidas por la demanda sobre el destino del préstamo, aclarando que fue en todo caso particular. Por ello, se declara que los actores tienen la condición de consumidores.

Cuarto.- Las condiciones generales de la contratación. Naturaleza.

En la contratación civil y mercantil el principio general es el de libertad de pactos: art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Sin embargo, la complejidad de muchas relaciones jurídicas ha determinado que este criterio inicial de libertad haya de ser cuestionado o matizado, articulándose mecanismos para regular la inclusión de determinadas cláusulas en contratos en los que, bien por la situación de desequilibrio entre los contratantes, bien por la propia naturaleza de los contratos, las posibilidades de negociación efectiva entre las partes se minimiza o incluso desaparece, acudiéndose a fórmulas estandarizadas de contratación en las cuales se incluyen pactos, cláusulas o condiciones prefijadas normalmente por una de las partes.

Este tipo de contratación se considera una manifestación del tráfico económico moderno, vinculándola a la situación de desequilibrio que se produce en la contratación mercantil, fundamentalmente en aquellas operaciones en las que intervienen consumidores.

Los contratos en los que se incluyen estas cláusulas se denominan contratos de adhesión, haciendo referencia a supuestos en los que el contenido del contrato se ofrece previamente redactado por una de las partes y la otra se limita a aceptar o rechazar el contrato. Una de las partes preestablece el contenido y a la otra no le queda otra opción que la de aceptar las condiciones o no contratar.

Atendiendo a estas consideraciones, la Exposición de Motivos de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) indica que «Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva».

Así nuestra normativa distingue, como advierte la Exposición de Motivos de la Ley, entre condición general y cláusula abusiva. La condición general se refiere a aquella cláusula predispuesta que se incorpore al contrato sin haber sido negociada. Sólo tendrán la consideración de abusivas aquellas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y pueden tener o no el carácter de condición general, ya que también pueden darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Esto además está perfectamente descrito en la STS de 9 de mayo de 2013, conocida por todos.

En este caso, no consta en modo alguno, ninguna clase de negociación individual entre las partes, de la cláusula objeto de este procedimiento. Por tanto, nada se ha acreditado en cuanto a la negociación de las cláusulas. Y cabe recordar que es cuestión pacífica que los actores son consumidores. Por tanto, toda la prueba que efectivamente sí hubo negociación, corresponde al profesional. Y nada ha hecho en este caso.

Quinto.- Cláusula de tipo variable de referencia IRPH.

La actora solicita la nulidad de la cláusula contractual que regula el índice de referencia del interés variable con el IRPH estipulado en la escritura pública litigiosa, y ello, alegando que se trata de una condición general de la contratación impuesta a la parte demandante y no negociada.

La demanda, por su parte, manifiesta que se trata de un índice de referencia estipulado conforme a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, siguiendo el orden y estructura pautado por la misma, y que por ello no implica falta de transparencia ni abusividad (Sentencia de Tribunal Supremo núm. 669/2017 de fecha 14/12/2017).

La reciente Sentencia C-125/2018, dictada por la Sala Gran Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que:

" 43. Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, (LA LEY 55532/2010) C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 18890/2019) C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019), apartado 49).

44. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 123057/2017) C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019), apartado 50).

45. Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, (LA LEY 55532/2010) C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41).

46. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriiciuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71)."

Con esta resolución, no hay lugar a dudas de que a pesar de que el IRPH se trate de un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, las cláusulas contractuales que se refieren a dicho IRPH han de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

En este sentido, continua la precitada Sentencia con lo siguiente:

" 48. Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

49.A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 a 109 de sus conclusiones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia, **tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional** (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, (LA LEY 179803/2016) C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980 (LA LEY 179803/2016), apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 48).

50. **De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical.** Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 44).

51. Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la **obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras** (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 51).

52. Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, (LA LEY 6612/2015) C-143/13, EU:C:2015:127 (LA LEY 6612/2015), apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 46). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, *de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste* y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 47 y jurisprudencia citada).

53. Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor

razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. *Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.*

55. Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, **para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.** Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. "

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual"

De ahí que la condición general está presente en cualquier tipo de contrato, y entre cualquier tipo de persona, pero la condición de abusiva, de una condición general, solo se puede predicar de los consumidores.

Todo ello conduce, a que el primer control posible en caso de no consumidores como de consumidores, es aquel que recoge el art. 5, que fija el control de inclusión.

Y así lo recoge el fundamento en el punto 201 de la STS 9.5.13 cuando dice: 2.1. *La transparencia a efectos de incorporación al contrato.*

201. *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 art. 5.5 LCGC "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".*

Los demandantes depusieron en Sala que no recordaban negociaciones previas con el banco, y además, no se les explicó la diferencia entre el índice de referencia Euribor ni IRPH, así como la evolución anterior de éste.

Los empleados de la entidad bancaria propuestos como testigos no aportaron claridad al asunto, puesto que uno de ellos a causa de una enfermedad posterior perdió memoria y no recordaba la contratación con los actores, y el otro empleado no recuerda a los actores ni la contratación de la hipoteca con ellos.

Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la **información previa facilitada al prestatario**.

La Jurisprudencia europea, como ya se ha indicado, exige que para dar cumplimiento a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE en los contratos celebrados entre consumidor y profesional, el Bando o entidad financiera correspondiente debe facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato.

La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario.

Lo anteriormente expuesto, conduce a declarar la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH.

Sexto.- Efectos de la nulidad del IRPH

Sobre esta cuestión, la sentencia C-125/2018 del TJUE establece que:

*" 67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) deben interpretarse en el sentido de que **no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.** "*

En este orden de cosas, será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia.

Séptimo.-Análisis de la cláusula sobre límite de variabilidad de intereses.

La cláusula que debe ser analizada es la dispuesta en el pacto 3º, apartado 3.2.1 de la Escritura Pública objeto de autos (DOC. 1 demanda), sobre la cual la parte actora manifiesta que debe ser considerada abusiva y por ende nula la citada cláusula porque se introdujo sin trasladar información sobre su importancia y trascendencia para el crédito hipotecario al consumidor, no hubo negociación alguna por ser pre redactada, y supone un perjuicio evidente para los consumidores quienes pensaban que contrataban con un interés variable la devolución del préstamo solicitado a la entidad. La parte demandada defiende, que en el momento de la contratación se negoció e informo sobre esta estipulación al consumidor, por lo que no le causa perjuicio alguno y por ello no puede ser esta cláusula abusiva.

Una vez señalada la cláusula objeto de la controversia en este fundamento, procede iniciar el examen pormenorizado de la misma, aplicando la normativa y jurisprudencia sobre la materia, al caso concreto.

La jurisprudencia ha manifestado que para el estudio de la cuestión que nos ocupa es pertinente analizar una serie de caracteres para valorar la abusividad o no de la llamada "cláusula suelo", que es en definitiva la que se está valorando en este fundamento. En primer lugar, debe analizarse si estamos ante una condición general de la contratación; en segundo lugar, si la cláusula es parte o no del objeto principal del contrato, y finalmente, de la respuesta a lo anterior es afirmativa, debe procederse a aplicar el doble control de transparencia. Seguidamente, iniciaré el proceso indicado.

1) Sobre si estamos ante una condición general de la contratación, la parte actora niega negociación alguna sobre si contenido, manifestando que la cláusula fue incorporada directamente por la entidad bancaria; la parte demandada afirma que, si hubo negociación e información previa sobre el pacto de intereses, en lo relativo a la cláusula suelo, por lo que no podría ser condición general de la contratación.

La ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación señala en su artículo primero, apartado primero: " *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*". La Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo, matiza el citado concepto entrando en detalle sobre los requisitos de las condiciones generales de la contratación, y declara: " *son requisitos de las condiciones generales de la contratación*:"

- a) *Carácter contractual: incorporación en el contrato siempre por imperativo legal.*
- b) *Predisposición: pre-redactada, es irrelevante la autoría material de la misma. No hay consenso previo.*
- c) *Imposición: incorporación en el contrato por una de las partes*
- d) *Generalidad: cláusulas destinadas a ser "modelos de declaraciones negociadas que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que se realizan".*

También la misma resolución afirma que " *el conocimiento del contenido de la cláusula no excluye la determinación como condición general, sino que simplemente permite observar un requisito indispensable para la contratación, como es el consentimiento*".

Con la información facilitada por la parte actora podemos apreciar los elementos propios de una condición general de la contratación en la cláusula que está siendo analizada. En cualquier caso, quien tiene la carga de probar si es una condición negociada o no es la parte demandada. Esto es así porque, aunque la Ley 7/1998 no incluye norma específica sobre la materia, la jurisprudencia se refiere al apartado segundo del art.82.2 del TRLGDCU como norma aplicable en este ámbito, y este precepto impone la prueba sobre ello al empresario. Añadir, que en esta línea el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE sigue el mismo criterio sobre la carga de la prueba.

Por lo tanto, en base a la normativa referida, corresponde al demandado probar la negociación, y en este sentido, aunque en la contestación de la demanda se afirma con rotundidad que existió negociación con la actora, no se ha aportado ningún elemento probatorio. Además, según las máximas de la experiencia, en esta materia, contratación bancaria, en la mayoría de casos el contenido de la documentación que utilizan las partes es presentado por la entidad bancaria, con ningún o poco margen de negociación, por lo que sería necesario algún elemento externo que permitiera contradecir esta presunción; elemento no aportado en este procedimiento.

En consecuencia, el contenido del pacto tercero bis de la EP, en lo relativo a la variación de intereses (cláusula suelo y techo), es una condición general de la contratación, porque consta incorporada en un contrato de préstamo a consecuencia de la imposición en el mismo por parte de la entidad bancaria.

2) El segundo elemento a estudiar, en base a lo dispuesto por la jurisprudencia, es si el pacto en cuestión contiene un elemento que pueda ser considerado **objeto principal del contrato** (ya que una eventual respuesta afirmativa conllevaría realizar el doble control de transparencia).

Sobre este extremo, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, determina en su artículo 4.2 que: " *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*".

En base a la normativa europea, el Tribunal Supremo, en su sentencia 241/2013 de 9 de mayo concreta que " *las cláusulas suelo forman parte del precio que tiene que pagar el prestatario, ergo definen el objeto del contrato, ya que cumplen una función descriptiva o definitoria esencial en el contrato*". Por lo tanto, la idea de que las cláusulas suelo (en relación los intereses pactados del préstamo) son elemento esencial del objeto del contrato (por ser determinantes para el precio), es una cuestión pacífica por la jurisprudencia.

3) Finalmente, debo realizar el *doble control de transparencia*.

Esta operación requiere de dos estudios separados. En primer lugar, el control de inclusión del texto del pacto (carácter formal), y, en segundo lugar, el control de contenido (carácter material).

3.1. Sobre el **control de inclusión**, debe tenerse en cuenta los elementos establecidos en la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación. El artículo 5.5 de la citada norma indica: " *5. La redacción de las cláusulas deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción i sencillez*".

En sentido negativo, el artículo 7 de la Ley manifiesta: " *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales*:"

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

Valorando lo expuesto, debe recordarse que la cláusula analizada, incorporada en el contrato de préstamo (DOC2), se encuentra situada en el pacto tercero, y en un párrafo separado (I). También hay que apuntar que el tamaño de letra es adecuado, y es el mismo utilizado durante todo el documento. Sobre la comprensión gramatical, esta resulta sencilla en su lectura, y su interpretación no es difícil. En consecuencia, concluyo que esta cláusula no se puede considerar ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, ego, supera el control de inclusión.

3.2. Sobre el **control de contenido**, debo analizar la ubicación de la cláusula y la información previa facilitada al consumidor sobre esta. La STS 241/2013 de 9 de mayo entiende que " *la información percibida por el consumidor tiene que permitirle conocer que esa condición afecta al objeto del contrato y que puede incidir en su obligación de pago (...), no puede estar enmascarada entre otras informaciones exhaustivas que dificulten su identificación y que proyecten sombras sobre aquello que considerado aisladamente sería más claro*".

Sobre este elemento, en el caso que nos ocupa, puede afirmarse que la ubicación de la cláusula es confusa por cuanto puede observarse que al ser tratada de manera uniforme con las demás cláusulas que afectan a cuestiones económicas (amortizaciones, bonificación, productos relacionados con las tasas de bonificación...), sin signo distintivo alguno, que permita observar la importancia de esta en relación con el precio. A la práctica, si inicio la lectura de la cláusula tercera sobre intereses y determinación de estos en dos fases diferentes, continuo con la 3 bis, me resulta difícil, al llegar al último apartado (I, pág.10), habiendo leído cuestiones relativas a las tasas de bonificación, entender la vinculación de este con la determinación del interés variable (es decir, deducir que este apartado opera como límite, "techo-suelo").

Sobre la información previa facilitada, no consta en el contrato, ni tampoco se ha aportado oferta vinculante o documento de información previa similar por parte de la entidad. En la propia Escritura Pública, no hay ninguna referencia a la cláusula suelo o sus consecuencias, ergo la comprensibilidad real sobre la carga económica y jurídica de la cláusula no puede apreciarse. Por lo tanto, el control de contenido propio en relación con la transparencia necesaria para declarar la no abusividad, no es superado con existo por la cláusula situada en la letra I, del pacto tercero, de la escritura pública.

Todo lo analizado permite considerar que la cláusula examinada supera el control de inclusión en relación con los parámetros de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pero no el de claridad exigible a las cláusulas de contratos con consumidores. Siguiendo la tesis anterior, la STS 241/2013 de 9 de mayo define sucintamente los elementos por los cuales no podemos reconocer la transparencia de las cláusulas suelo (aplicables en este caso):

- a) Falta de información clara sobre afectación en un elemento definitorio del contrato (precio)
- b) No existe simulación alguna sobre escenarios varios relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar.
- c) No hay información clara y comprensible sobre el coste comparativo con los préstamos de la misma entidad o advertencias de que al perfil de cliente no se le ofrezcan los mismos
- d) Se ubica entre cifras y datos que impiden al consumidor valorar la importancia de la cláusula

4) Finalmente, realizado el doble control de transparencia (que no supera la cláusula analizada), tenemos que valorar directamente **el carácter abusivo** de la cláusula. El 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, dispone, en su artículo 82.1: " *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente 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*".

Sobre la valoración del desequilibrio, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de marzo de 2013 (asunto C-415/11), manifestó : *2el juez nacional tiene que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente, que tratando de manera leal y equitativa el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo, en el marco de una negociación individual*".

En el caso que nos ocupa, no ha existido negociación individual alguna (que debe ser probada por el empresario, en atención a la Directiva 93/13, artículo 3.2 o art. 82.2 del TRLGDCU), que me permita considerar que el consumidor habría aceptado la inclusión de la cláusula en el sentido que solo les provoca perjuicio a sus intereses particulares. Esta conclusión es lógica, si tengo en cuenta que en el contrato de préstamo analizado se incluye una cláusula techo, prácticamente inalcanzable, que aporta mayor confusión al consumidor, ya que no es una contrapartida real a su obligación.

Añadir a lo anterior que, a consecuencia de la no superación del control de transparencia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, 334/2017, de 25 mayo que indica que: *"para declarar la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia se requiere que dicha cláusula provoque un "desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe"*. Añade que la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas, puesto que la falta de transparencia puede ser excepcionalmente inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente. Pero también dispone esta STS que *en el caso de la cláusula suelo el consumidor no puede hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia*. Y esto le priva de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Y por tanto el Tribunal Supremo concluye que en el caso de las cláusulas suelo la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor incompatible con las exigencias de la buena fe. De modo que prácticamente permite considerar de forma automática que la falta de transparencia se traduce en un desequilibrio para el consumidor que implica abusividad.

En definitiva, la cláusula analiza que contiene el pacto tercero de la Escritura Pública que contiene el contrato de préstamo entre la actora y la entidad demandada es contraria a la buena fe, porque provoca un perjuicio evidente a la consumidora. Por lo tanto, la cláusula es abusiva en base el criterio del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Por todo lo estudiado en este fundamento, habiendo afirmado el carácter de condición general de la contratación de la cláusula analizada, considerando que la misma afecta el objeto principal del contrato (precio), y por lo tanto habiendo valorado el doble control de transparencia (que no supera), y por ello habiendo estipulado la abusividad de la misma, solo podemos concluir que la cláusula suelo- incorporada en el pacto 3º de la Escritura Pública litigiosa es abusiva.

Octavo.-De los efectos de la nulidad de la cláusula suelo

En cuanto a las consecuencia de la declaración de nulidad de una cláusula, es especialmente relevante la resolución del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (puntos 57 a 63). En la misma se aclara que la finalidad de la declaración de nulidad es eliminar un posible desequilibrio entre consumidor y profesional, evitando que la cláusula nula -que no debería haber existido- produzca efecto alguno. Por ello, se prevé la restitución de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula genera el efecto restitutorio de las cantidades cobradas indebidamente. Actuar en caso contrario, dispone el TJUE, sería excluir el efecto disuasorio previsto en el art. 6 de la Directiva 93/13 (STJUE 21 de diciembre 2016, Gran Sala, C154/15, C307/15 y C308/15).

La conclusión es que, en relación con la declaración de abusividad, esta debe producir efectos desde la celebración del contrato (STS 24 de febrero 2017).

También sobre los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo, y por lo tanto, considerando la estipulación nula, procede, en atención al art.83 TRLGDCU ordenar la eliminación de la misma del contrato, subsistiendo el mismo en todos los demás extremos.

Sobre la cantidad a devolver, hay que manifestar que este extremo no ha sido cuestión objeto de análisis en fase declarativa la determinación de la cuantía debida, a consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula. Además, esta juzgadora no tiene elementos fácticos para poder valorar como adecuada la cuantía solicitada, por lo que se considera pertinente dejar la determinación de la citada cantidad debida para fase de ejecución (siendo esta una de las finalidades de la propia ejecución).

Noveno.-Gastos de formalización de hipoteca

La cláusula que debe ser analizada es la dispuesta en el pacto quinto sobre gastos de la escritura aportada junto con la demanda (Doc núm. 1). Dicha cláusula atribuye la totalidad de gastos derivados de la constitución de préstamo con garantía hipotecaria de la operación entre las partes al consumidor.

Sobre la estipulación, la parte actora defendía en su demanda que en ningún momento se le había informado del contenido de la misma. No hubo negociación alguna dice el actor, y se le imputó el abono de todos los gastos de la operación, por parte del banco.

De la redacción del artículo 82 Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) se obtiene el concepto base sobre la abusividad de una cláusula, cuando dicho precepto manifiesta que son abusivas: *"todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente 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"*.

En cuanto a supuestos concretos, el art. 89.3 TRLGDCU 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 SAP Oviedo, 31.7.17), 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).

El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia 46/2019 de 23 de enero (siguiendo los mismos postulados, STS 47/2019 Y 49/2019 de la misma fecha) dispone:

*En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo , **declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.**(...)*

Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

En este procedimiento, la parte actora sostiene en su demanda que es una cláusula redactada de manera indeterminada, y que no permite al consumidor, en el momento de la firma, saber cuáles son los gastos en concreto que deberá asumir, por lo dio lugar a confusión. También manifestó en la demanda que la entidad no le informó en ningún momento de dicha estipulación, y que la negociación del préstamo no se centró en dicho extremo. Analizando la cláusula controvertida de la escritura, puede observarse que ha sido redactada sin ninguna estipulación concreta de cuáles son los gastos que debe asumir el consumidor.

Valorando lo anterior, y si tenemos en cuenta el 82.2 TRLGDCU impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, este refiere a la oferta vinculante como mecanismo de información. Sobre la **información previa facilitada**, no se ha aportado en este procedimiento oferta vinculante o documento similar. Sobre la oferta, la jurisprudencia es clara indicando que la existencia de este instrumento no prueba que la información facilitada al consumidor sea adecuada, e incluso aunque existiera esta oferta vinculante previa no implica que se superen los controles efectuados (Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, en su Sentencia 158/2017 de 20 Mar. 2017 ; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sentencia 46/2017 de 10 Feb. 2017).

En este caso, la acción ejercitada es la de nulidad, que como hemos anteriormente indicado, refiere un error "estructural y originario de la condición", de forma que no puede corregirse por conductas particulares de las partes, ello supondría atacar la naturaleza de ineficacia absoluta en que consiste la nulidad de pleno derecho. (SJPI 7 bis Pamplona, 14.9.17).

Añadir a lo anterior, que como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de abril de 2015: *" es un hecho notorio que en determinados sectores como el bancario, entre otros, la contratación de las empresas*

y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación, predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Por tanto, para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales o de cláusulas no negociadas y se excluya el control de abusividad, es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario".

En relación a la falta de negociación de la cláusula y su carácter de condición general de la contratación, que la Exposición de Motivos de la Ley de 1998 afirma que *"una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe una negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual"*.

En el presente caso, la consideración de condición general de la contratación no ha sido desvirtuada en ningún momento. Además, de la redacción de la cláusula se puede apreciar que su contenido es el habitual en este ámbito de negociación, sin ningún pacto diferencial o elemento que permita entender que ha habido negociación particular con el cliente. Por consiguiente, la cláusula 5ª sobre gastos de la escritura es una condición general de la contratación.

Por todo lo expuesto, considero que la posibilidad real de influencia del consumidor en la cláusula sobre gastos analizada es nula. Tampoco existe elemento alguno que permita entender que se informó debidamente al consumidor sobre dicha cláusula. Incluso, de la redacción de la misma se observa falta de equilibrio entre las partes intervinientes, porque cualquier gasto derivado de la operación debe ser asumido por el deudor-prestatario; penalización que asumió sin posibilidad de negarse, y sin información efectiva en el momento de la firma de los gastos reales que resultarían de la operación.

De ahí que la condición general sea abusiva, y procede declarar la nulidad de la misma, en cuanto a la relación entre banco y consumidor.

Décimo.- Es importante señalar que lo que determina la distribución de los gastos, conforme a los fundamentos posteriores, es el ordenamiento vigente en el momento de la celebración del contrato, concluyendo la STS 23.01.2019 (46/2019) que *"... El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC)"*.

a) En cuanto a los gastos notariales.

La STS de Pleno de 23.01.19, (46/2019) señala: *" la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.*

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: *«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».*

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. (Aquí el Tribunal no entra en quien requiere la intervención y pasa directamente a quien interesa la escritura).

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

En este caso, se trata de una escritura de compraventa y constitución de préstamo, por lo que en aras al principio de seguridad jurídica, se establece el pago por mitades.

b) En cuanto a los aranceles de Registro de la Propiedad.

Dice el artículo 6 de la Ley Hipotecaria: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho» .

Conforme a lo anterior, la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro. Lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

No puede sostenerse siquiera el interés del actor en la formalización de la garantía, como medio para obtener el préstamo, ya que también es objeto de interés, y constituye sin duda parte del objeto social de la entidad demandada, la realización de préstamos con interés, y con la debida constitución de la garantía.

Este es además, el criterio que establece la STS de Pleno, 46/2019 de 23.01.19, en la que indica que "*la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario*".

En suma, corresponde a la demandada el pago, de los gastos de Registro de inscripción de la garantía hipotecaria.

c) En cuanto a los gastos de gestoría.

Conforme al art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios que señala en cuanto a la contratación de este tipo de entidades: "*las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo (...)*" y en la medida en que no había prueba de que la elección de la Gestoría fuera realizada de mutuo acuerdo, ni de la oferta vinculante, más bien de lo contrario, que se le impuso al consumidor, prueba además que corresponde al profesional, conduce a aceptar que se habría anulado la posibilidad del actor para elegir otra Gestoría o, incluso, no haber elegido ninguna por no considerarlo necesario, lo que es perfectamente posible, tramitando toda la documentación él mismo (para todo, SJPI núm. 11 refuerzo Bilbao, 6.9.17).

Sin embargo la STS de Pleno, 46/2019 de 23.01.19, citando la misma norma, señala que son gestiones aquellas que realiza la gestoría, que no necesitan de nombramiento de un gestor profesional, ya que pueden llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Pero ante la falta de prueba de dicho acuerdo entre las partes, el TS resuelve que "*las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad*".

Décimo primero.-Del vencimiento anticipado

Ya indica la AP de Lleida, que "*por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria como el que nos ocupa, actualmente ya no se suscitan dudas en torno a su nulidad, por abusividad, habiendo quedado suficientemente aclarada la cuestión a raíz de la Sentencia del Pleno del TS de fecha 23 de diciembre de 2015, en la que funda su decisión la resolución dictada en primera instancia atendiendo a las concretas circunstancias del caso y al tenor de la cláusula 6 bis del contrato, incidiendo en la misma idea la STS de 18-2-16 cuando apunta que: "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". (SAP Lleida 2.03.19).*

Y la misma Audiencia, señala que "*en cuanto a este tipo de cláusulas, el Tribunal Supremo, con carácter general, admite su validez en base a los arts. 1129 y 1124 del C.c. y de los arts. 572.2 y 693.2 de la LEC. Así, a la*

ya mencionada sentencia de 23-12-15 dice: "En estos términos generales, esta Sala no ha negación la validez de las cláusulas de vencimientos anticipada, siempre que esté claramente determinación en el Contrato en que supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimientos, sino que ello puede 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 o 16 de diciembre de 2009). (...) la citada sentencia 506/2008, de 4 de junio , precisa que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad dichas Cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1 , 255 CC), Cuando concurrente justa causa para Ello, se 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 ".

Y continúa que "... esto supone que su nulidad, por abusiva, estará determinada por la concreta redacción que se le haya dado. De este modo, lo será cuando el vencimiento anticipado se contemple por incumplimientos irrelevantes; por la concurrencia de circunstancias que sean apreciables según la libre voluntad de la entidad prestamista; o cuando su ejercicio cause un perjuicio desproporcionado y no equitativo al prestatario. En este sentido, la indicada STS de 23-12-15 ya dice que una cláusula que contemple el vencimiento anticipado de un préstamo por la "falta de pago a sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses", será contraria a la doctrina del TJUE, establecida por ejemplo en su sentencia de 14-3-13, dado que supone permitir el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de obligaciones no esenciales, no 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".

Y es irrelevante que el profesional, haya o no aplicado la cláusula en su literalidad, ya que el TJUE ha indicado que " ... la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional". (para todo, SAP Lleida, 17.01.19, Pnte. Sr. Guilanya).

Por tanto la cláusula que nos ocupa, con una resolución solo por la falta de pago de una de las cuotas, es nula.

Pero es preciso fijar los efectos, especialmente después de la STJUE de 26 de marzo de 2019, que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo.

En esta Sentencia, el TJUE parte de la imposibilidad de integración de la cláusula nula, en aplicación del principio de efecto disuasorio, de forma que declarada su nulidad, no cabe "admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia" (55).

Sin embargo, sí es posible una interpretación integradora con el Derecho nacional, "en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 80, 83 y 84). (57)

(58) Si, en una situación como la descrita en el apartado 56 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84).

¿La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, deja expuesto al consumidor?

La cuestión, estriba inicialmente en determinar qué naturaleza tiene el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. ¿son dos contratos separados, préstamo y garantía hipotecaria?, ¿o forman uno y complejo?

Y es fundamental, porque sí se estima que lo esencial es el préstamo y por tanto, la figura contractual por la que una parte entrega un capital, y la otra lo devuelve con intereses, la cláusula discutida, de vencimiento anticipado, es irrelevante a la naturaleza del contrato, y el mismo puede seguir sin necesidad de integración. Pero si se

entiende que no, que la hipoteca, forma parte esencial de este contrato específico, sí cabría plantearse la nulidad del contrato complejo y cabría una posible integración.

Y es así, porque la garantía es sobre la totalidad del préstamo, con más sus intereses y costas. No para el pago parcial de cuotas no pagadas. E incluso, la realización de un bien, de tan especiales características, como es probablemente la inversión más importante del consumidor en su vida, para el pago de muchas o pocas cuotas, es contraria a la interpretación del contrato de garantía. Ni la figura es la adecuada para el pago parcial, ni el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, contempla otra realización de la garantía que no sea para el pago de la totalidad del préstamo, no por la cláusula ahora discutida, sino por toda su estructura: intereses de demora, sistema francés de pago de los intereses de forma previa, subasta extrajudicial ante Notario,...

Por tanto, sí entiendo que la figura contractual de préstamo con garantía hipotecaria, es única y no puede separarse en dos contratos independientes, de forma que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sí obliga a la nulidad del contrato íntegramente.

Y me baso para ello en la doctrina, que en materia concursal, el Tribunal Supremo, ha definido como "hipoteca contextualizada".

Y así el "Tribunal en Sentencias de fecha 16 de diciembre de 2013 y 12 de febrero de 2014, analizando un supuesto en que, al igual que en el presente, se impugnaba el acto de constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo a favor de un tercero y con cita a la STS de 8 de noviembre de 2012:

26. No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos grosera y evidentemente perjudiciales - algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos, en cuyo caso es preciso analizar la existencia de perjuicio en el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. De hecho el propio legislador exceptúa los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación, reguladas en la disposición adicional cuarta introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, dado que, cuando reúnan los requisitos exigidos, "no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley (concursal)". Lo que tiene especial relevancia en el supuesto de la prestación de garantías ya que, si bien examinado de forma aislada vulnera la par conditio, no puede calificarse como perjudicial sin examinar si en combinación con la obligación garantizada resulta perjudicial para la masa activa....

28. Partiendo de lo expuesto, el ánimo de lucro característico de las sociedades con objeto mercantil demuestra que en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto, haciéndose eco de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Legge fallimentare que la asimila a otros actos onerosos "sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, (...)". (también son revocados, si el curador (administrador concursal) prueba que la otra parte conoció el estado de insolvencia del deudor, los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de prelación por deudas, también de tercero, contextualmente creados (...).

Por tanto, es perfectamente posible la valoración -en sede concursal-, de la vinculación y dependencia, existente entre el préstamo y la garantía, y sus efectos más allá de la mera concesión de un capital que hay que devolver, con garantía accesorio e independiente para el caso de incumplimiento.

No existe inconveniente en trasladar esta figura de la hipoteca contextualizada a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria entre consumidores. Por las siguientes razones:

1. Se trata sin duda de la inversión más importante, por tiempo y montante que puede realizar el consumidor. Que excede claramente de su capacidad de retorno.
2. De ahí, que la única razón por la que obtiene el préstamo, es precisamente la garantía hipotecaria, sobre el inmueble que adquiere, que permite pago en plazos largos de cantidades asumibles por la economía diaria del consumidor.
3. Por lo que el préstamo tiene sentido en cuanto hay garantía. De otra forma, un consumidor difícilmente alcanzaría el objeto principal del contrato, la compra de un inmueble.

4. Por tanto, el préstamo a largo plazo y por cuantías que no responden a la capacidad de retorno inmediato del consumidor, solo tiene sentido en cuanto hay una garantía hipotecaria. Una garantía, que es sobre la totalidad del préstamo. No sobre parte.

Por tanto, sí entiendo que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, es un contrato complejo en el que las dos figuras contractuales, préstamo y garantía van unidas sin posibilidad de separación. Y si declaro la nulidad de una cláusula esencial en uno de ellos, debo anular la totalidad del contrato complejo.

Lo que es claramente perjudicial para el consumidor. Y lo es porque se dedica por la LEC, todo el Capítulo V de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, como especialidad del Título III de la ejecución, frente a la normas generales de ejecución dineraria, y que se centran en particular por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación.

La recientísima Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCI), desarrolla el espíritu del legislador en cuanto a su voluntad de extender la máxima protección a los consumidores en el ámbito del crédito inmobiliario, dando así cumplimiento y ampara a la normativa europea sobre la materia. Precisamente, el preámbulo de la norma, en materia de vencimiento anticipado, dispone que: *"mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado. Del mismo modo dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación, (...). En ambos casos se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes"*.

En cuanto al régimen temporal, la disposición transitoria primera punto cuarto de la ley citada determina que quedará regulado bajo los términos de esta Ley el vencimiento anticipado de los contratos que tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma, aunque los contratos se hubieran celebrado con anterioridad e incluso aunque contuvieran alguna estipulación al respecto, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Por tanto, esta regulación no se aplica al vencimiento anticipado de los contratos que hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley, se hubiera instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no. Este último no es el supuesto que nos encontramos, porque en este caso el préstamo no ha sido vencido anticipadamente aún, sino que examino en abstracto la cláusula aséptica hasta el momento en la relación entre partes.

Entrando a valorar las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula, el nuevo artículo 24 de la LRCI establece:

"En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.*
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:*
 - i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.*
 - ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.*
 - iii. Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.*

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.

Como en este caso, en que se está resolviendo sobre la nulidad de la cláusula, en sede de un juicio ordinario conforme al art. 429.1.5º de la LEC, no hay iniciado aún un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni consta que la cláusula del vencimiento anticipado, haya sido ya invocada por el prestamista.

Por tanto, **el efecto de la nulidad de la cláusula en sede de este procedimiento, es la aplicación del art. 24 de la Ley 5/2019, en los casos que no éste excluida por la Disposición Transitoria Primera, punto 4.**

Décimo segundo.-Del desistimiento de la cláusula de comisión de apertura

Como ya se ha expresado, la parte actora también en el acto de Audiencia Previa manifestó su renuncia a la declaración de nulidad de la cláusula relativa al pago por la prestataria de la comisión de apertura del crédito hipotecario litigioso.

Dispone el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero", y el artículo 20.1 del mismo texto legal que "Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el Tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibile. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante".

En consecuencia, dada la renuncia del actor y de conformidad con lo establecido en los artículos citados, procede dictar sentencia absolviendo a la demandada respecto de la acción de nulidad de la cláusula de comisión de apertura, al no concurrir ninguna de las circunstancias excepcionales señaladas.

Décimo tercero.- Costas.

Conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (art. 394-1º); y si la estimación o desestimación de las pretensiones fuera parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitades, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Sobre el *desistimiento* del actor con oposición del demandado debo hacer una precisión. Siguiendo lo previsto en el auto de la Audiencia de Murcia, 80/2011 de 14 de abril, o el auto de la Audiencia de Zamora, 12/2003 de 12 de febrero, la oposición del demandado solo a efectos de costas no puede admitirse. La oposición al desistimiento para que se entienda que el demandado no consiente el mismo, debe ser expresa, no suficiente instando que se impongan las costas al actor, sin hacerse referencia o de forma ambigua al desistimiento instado por el contrario. Además, la actora desistió en la audiencia previa, en base a jurisprudencia posterior a la presentación de la demanda y contraria al criterio seguido por este juzgado hasta el momento, por lo que entiendo que esta actuación no puede perjudicarle a efectos de costas.

En este caso, se estiman las acciones de nulidad que se solicitan. Por tanto, la estimación es íntegra, y se hace especial condena en costas.

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la representación procesal de DON Olegario Y DOÑA Noelia ; contra BANCO SANTANDER S.A., y en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida la cláusula 3.2, de la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 16 de abril de 2010, ante el Notario de Agramunt, Dª. Maria Esmeralda Moreno Muñoz, y que establece que el Tipo a aplicar será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades de crédito", y en consecuencia condeno a la demandada a:

1.1.- Eliminar y dejar sin efecto alguno, y por tanto sin aplicación, la cláusula de interés variable (Cláusula 3.2);
1.2.- Volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, como si la mencionada cláusula nunca se hubiese aplicado, de tal forma que deberá proceder a recalcular las cuotas con aplicación del índice de referencia EURIBOR, manteniendo el préstamo hasta su cancelación sin devolución de intereses.

1.3.- A restituir a los actores todas aquellas cantidades que éstos hayan pagado en exceso en concepto de intereses en aplicación del índice IRPH Entidades desde la segunda fase de intereses (16.3.2011), más los intereses legales de las sumas desde sus respectivos abonos.



2.-Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula 3.3 sobre limitación a la variabilidad del tipo de interés, incluida en la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 16 de abril de 2010, ante el Notario de Agramunt, D^a. Maria Esmeralda Moreno Muñoz, y condeno a la demandada a reintegrar a los demandantes las cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula, y que se determinará en ejecución de sentencia, más los intereses correspondientes calculados desde el pago de cada una de las mensualidades hasta su devolución.

3.- Declaro la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en la cláusula quinta, correspondiente a los gastos a cargo de la parte acreditada, de la escritura de préstamo hipotecario formalizado el 16 de abril de 2010, ante el Notario de Agramunt, D^a. Maria Esmeralda Moreno Muñoz, y en consecuencia se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a dejar la misma sin efecto alguno, y a devolver a mis mandantes las cantidades pagadas en concepto de Notaria, Registro de la Propiedad y Gestoría, más el interés legal calculado desde que mis mandantes realizaron el pago de dicha cantidad hasta que la demandada haga efectiva su devolución, conforme los criterios indicados en la presente sentencia, que se determinará en ejecución de sentencia.

4.-Declaro la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida la cláusula séptima, de la escritura de préstamo hipotecario indicado, sobre vencimiento anticipado, y en consecuencia condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a dejar la misma sin efecto alguno.

5.- Condeno a la entidad demandada al pago de las costas.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado y para la Audiencia Provincial de Lleida, en el término de VEINTE días desde su notificación, conforme al art. 445 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero.

Lo pronuncio, mando y firmo.