



Roj: **SJM PO 1381/2016 - ECLI:ES:JMPO:2016:1381**

Id Cendoj: **36057470032016100107**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Vigo**

Sección: **3**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **214/2015**

Nº de Resolución: **113/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SERGIO BURGUILLO POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 3

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00113/2016

-

CALLE LALÍN NÚMERO 4 6ª PLANTA, 36209 VIGO

Teléfono: 886218403

Fax: 886218405

MG

N04390

N.I.G. : 36038 47 1 2015 0300260

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000214 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre CONDICIONES GENERALES CONTRATACION

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. Lázaro , Salome

Procurador/a Sr/a. MARIA DOLORES COBAS GONZALEZ, MARIA DOLORES COBAS GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. DANIEL ARQUERO GARCIA, DANIEL ARQUERO GARCIA

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S. A. U.

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY

Abogado/a Sr/a.

JUZGADO MERCANTIL NÚMERO

TRES DE PONTEVEDRA

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 214/15

SENTENCIA

En Vigo, a ocho de abril de dos mil dieciséis.

Vistos por don Sergio Burguillo Pozo, Magistrado Juez del Juzgado Mercantil nº 3 de Pontevedra, los autos del Juicio Ordinario 214/15, sobre DECLARACIÓN DE NULIDAD PARCIAL DE CONTRATO Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, en el que son partes la demandante DON Lázaro Y DOÑA Salome , representados por la Procuradora Sra. Cobas Gómez y asistido por Letrado y la demandada, BANCO DE CAJA DE ESPAÑA DE



INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A., representado por el Procurador Sr. Toucedo Rey y asistida por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha veintisiete de mayo de dos mil quince la representación procesal de los demandantes presentó demanda de Juicio Ordinario contra BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVEERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A. con base en los siguientes hechos: Que los demandantes concertaron el día veintidós de febrero de dos mil cinco contrato de préstamo con garantía hipotecaria con novación y ampliación del importe, complementando el anterior de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dos, que el préstamo estaba dedicado a la adquisición de vivienda habitual. Que terminaba por suplicar que en su día se dicte sentencia declarando la nulidad por abusiva de las cláusulas de vencimiento anticipado, de gastos, de fijación del año en 360 días, de clausula suelo, reintegrando los importes indebidamente satisfechos atendiendo a tal cláusula desde fecha de celebración del contrato, subsidiariamente desde nueve de mayo de dos mil trece, y en su defecto desde la fecha de esta demanda.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha veintiocho de julio de dos mil quince se admite a trámite la demanda, con emplazamiento de la demandada, quien contesta la misma en fecha treinta de septiembre de dos mil quince, solicitando se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda alegando la existencia de prejudicialidad civil, que la cláusula suelo no es una condición general de la contratación, pues no ha sido predispuesta ni impuesta. La cláusula no es abusiva, al haberse negociado individualmente y no se impuesta por la entidad bancaria, ya que además se respetan las exigencias de la buena fe y no existe desequilibrio de prestaciones contractuales. Que la actora se subrogó en el préstamo hipotecario concertado en un primer momento con la mercantil PROMOCIONES INMOBILIARIAS ROSALIZ 2002 S.L. y posteriormente solicitó novación y ampliación del capital del mismo, lo que constata la existencia de negociaciones entre las partes.

TERCERO.- En fecha seis de abril de dos mil dieciséis se celebra audiencia previa, realizando las alegaciones y prueba que constan, y señalándose a vista, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación de los demandantes solicita que se declare la nulidad por abusiva de las cláusulas de vencimiento anticipado, de gastos, de fijación del año en 360 días y de clausula suelo.

Se afirma en la demanda que La cláusula indicada, conocida como "cláusula suelo", no fue sometida a estudio previo de la actora. Se trata de documentos de adhesión no negociados con anterioridad y de cláusulas que sólo benefician a la entidad bancaria y sin equilibrio de contraprestación a favor de los demandantes. Además, la cláusula no es transparente y tiene carácter abusivo.

La parte demandada se opone a la demanda interpuesta contra ella aludiendo a la existencia de prejudicialidad civil y oponiéndose a continuación al fondo de la misma.

SEGUNDO .- Atendiendo a la alegación de prejudicialidad civil, por este tribunal se viene a sostener la absoluta independencia de pronunciamiento entre los jueces que examinan acciones individuales y aquellos que hacen frente a las acciones colectivas.

La posición de someterse a la definitiva resolución de los diversos pleitos ejercitados como acciones colectivas, en efecto, ha sido adoptada por algunos tribunales cuyas resoluciones cita, y en algún caso acompaña, la parte demandada, a los que me remito en evitación de reiteraciones innecesarias; y esa posición contenía una dosis necesaria de prudencia valorativa, pues en definitiva se trata de evitar resoluciones contradictorias entre los tribunales y hacer eficaz la unidad de jurisdicción.

Ocurre, sin embargo, que concurren dos factores que permiten desestimar la concurrencia de prejudicialidad civil.

Uno, el hecho incontrovertido de que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en Pleno sobre una acción colectiva en la que se examinaba la validez de las cláusulas suelo, por lo que el riesgo de sentencias contradictorias, al existir ya jurisprudencia - no otro valor tiene la avocación a Pleno de las resoluciones del Alto Tribunal, sin necesidad de que llegue otra segunda sentencia.

Dos, procesal. Las acciones que se ejercitan en una acción individual y una colectiva no son exactamente iguales; las acciones individuales pueden serlo de nulidad y de no incorporación - artículos 8 y 9 de la ley 7/98 -; la nulidad se hace valer - como en nuestro caso- a través de las reglas generales de la nulidad contractual. Por el contrario, las acciones colectivas del artículo 12, entre las que se encuentra la de cesación - que presupone



la nulidad- tienen una legitimación restringida a determinados sujetos accionantes - artículo 16-; es lo cierto que la sentencia cuya pendencia se alega ha sido conseguida - se ignora si definitivamente- a instancias de la OCU, asociación que ostenta legitimación al amparo de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 7/98 : "Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores"

La legitimación de las asociaciones de consumidores encuentra su cauce en el proceso a través del artículo 11.1 Lec , que reza así: " *Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados* , las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios."; esta autonomía en la litigación se completa con las previsiones de los artículos 15 - publicidad e intervención- y 221 Lec - efectos de las sentencias promovidas por tales asociaciones-. Al no constar expresamente acreditada - antes al contrario, es expresamente asumido en la contestación a la demanda- la personación del hoy demandante en aquella acción colectiva, parecería un absoluto contrasentido negar una legitimación que la ley expresamente reconoce; el interés colectivo de las demandas interpuestas no es, por sí mismo, superior al individual de los consumidores que reclaman autónomamente la defensa de su derecho, pues la nulidad solicitada por aquellos tiene consecuencias patrimoniales idénticas que no tienen por qué esperar una resolución en el tiempo de años, a no ser que en su propio pleito así se propicie, pero no necesariamente por la espera a otros de contenido similar.

Fijados los términos del debate, es preciso entrar a examinar cuál es la cualidad personal del prestatario, debiendo decantarnos porque los demandantes tengan en el presente caso la condición de consumidores, al haber solicitado el préstamo objeto de *litis* en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional. Esta afirmación se avala y consolida al no haberse practicado prueba alguna por la demandada.

Así, en el caso de que la parte demandante tenga la condición legal de consumidor resultarán de aplicación las disposiciones del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, así como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El artículo 3 TRLGDCU dispone que "*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 o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*". Por su parte, el artículo 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993 , establece que "*el propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva*".

El artículo 3.1 de la Directiva comunitaria dispone que "*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*". Y el artículo 4.2 señala 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*".

El artículo 2 de la LCGC regula el ámbito subjetivo de aplicación de la norma al señalar que "*la presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad*". Por su parte, el artículo 5.5 del mismo texto legal preceptúa que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

El artículo 7 LCGC establece que "*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".

La SAP de Cáceres de 3 de junio de 2.013 concluye que las condiciones generales sobre tipos de interés variable son, en principio, válidas, pero se puede analizar si tienen carácter abusivo, a partir de un control de transparencia, pues " *la cláusula suelo debe reunir los requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se empleen en negociación entre profesionales (artículos 5 y 7 LCGC)* ", F.J.6º.

TERCERO .- Las condiciones generales de la contratación son definidas, en art. 1.1 de la ley de condiciones Generales de la contratación (LCGC), ley 7/1998, de 13 de abril, como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato fuese 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 otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Como dice la STS de 9/5/2013, el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, como declara la Exposición de Motivos de la LCGC, de restablecer, en la medida de lo posible, la igualdad de posiciones, ya que " *la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello, la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual* ".

La consideración como condición general de la contratación entraña, a tenor del artículo 1 de la LCGC, que se trate de cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa).

Como señala la Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013, no puede equiparse a negociación el simple hecho de que se tenga la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario; como tampoco la posibilidad, siquiera teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. Por otra parte, la STS recuerda que en la normativa vigente fruto de la transposición de la Directiva 93/13 no se requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a todos los contratos que celebre la entidad, ni exige la inevitabilidad, sólo que se trate de "cláusulas no negociadas individualmente" (F.J. 150).

Además, es hecho notorio que en determinados ramos de productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados, lo que resulta predicable, precisamente, como ejemplo paradigmático, de los servicios bancarios y financieros. Quien pretende obtenerlos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (F.J. 156). De hecho, la OM de 1994 parte de que en el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma se integran condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Es más, a propósito de la denominada cláusula suelo (de limitación del tipo de interés variable), que no sería sino una de esas condiciones generales insertas en el contrato de préstamo hipotecario, la jurisprudencia (Sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013) ha señalado que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar o debe renunciar a hacerlo.

Tampoco excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes exigidos por la legislación sectorial. En concreto, en el caso de las cláusulas suelo, la normativa sectorial (la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010,



de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito; la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares) se limita a imponer determinados deberes de información, pero no exige la existencia de tal estipulación ni indica los términos que debe tener la misma, por lo que la existencia de una regulación bancaria al respecto no es óbice para que sea aplicable la LCGC (en este sentido, ya se pronunciaba también la sentencia de la Sala 1ª del TS de 2 de marzo de 2011). Por último, mencionar que en el ámbito Europeo la Directiva del Parlamento Europeo, y del Consejo, sobre contratos de crédito sobre bienes inmuebles de uso residencial admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

Ahora bien, como dice la S.T.S. 9/5/2013, en relación a las cláusulas suelo, esa normativa sectorial, viene a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de aquellas a los contratos e préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni, en defecto de pacto, supone su existencia, ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato. Y concluye, el T.S. diciendo que la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito, como en cuanto a los contratos de préstamos hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la ley de condiciones generales de contratación sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis; o sea, que puede entrarse a dilucidar si existe abusividad por implicar infracción de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; y una vez, entrado en ello como ya antes se dijo, no es posible examinar la abusividad el contenido de la "cláusula suelo", porque es una condición general que define el objeto principal del contrato, por lo que, con arreglo a la Directiva 93/13, "la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describen el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación"; y el art. 4.2 de la Directiva: 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".

Nos encontramos pues ante una cláusula que aparece integrada en una pluralidad de contratos, elaborada, con carácter general, de manera unilateral y previa por el predisponente, la entidad bancaria, en la normalidad de los casos, resultando ser la excepción su variación y negociación particular. Así, hay que tener en cuenta que una condición es, precisamente, general porque es generalmente impuesta y predispuesta por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio o renunciar a la contratación (AP Madrid, sec. 11ª, S 21-2-2006), sin perjuicio de que haya casos en que a ciertos clientes y por sus propias cualidades o condiciones que interesen al Banco, éste permita su matización o adaptación oportuna al caso.

En nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste. Cuestión distinta, sigue diciendo la STS 9/5/13, es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él.

La regla general es la de no sujeción al control de abusividad, pues la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, indica que la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara, y comprensible ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; sin embargo, en la Sentencia del T.J.U.E. de 3 de junio de 2010, se reconoció la posibilidad de que la normativa nacional autorice el control jurisdiccional de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, aunque esta cláusula esté redactada de manera clara y comprensible dado que no se puede impedir a los Estados miembros que mantenga o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva 93/13, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Esa posibilidad de control de contenido de condiciones generales de cláusulas referidas al objeto principal del contrato, fue admitida en SSTS. 1/7/2010, 4/11/2010 EDJ2010/251799, 29/12/2010 EDJ2010/298172; aunque la posterior STS de 18/6/2012 EDJ2012/209070, vino a sostener una postura contraria, al decir que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al objeto principal del contrato.

La STS de 9/5/2013 declaraba que las cláusulas suelo, que son condición general que describen y definen el objeto principal del contrato, no están sujetas al control de abusividad, como regla general, pero sí están sometidas a un doble control de transparencia. Por tanto, este tipo de cláusulas tienen el carácter de



condiciones generales, siendo relevante destacar que " a) el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para la inclusión en el mismo; b) el conocimiento de la cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias-singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial" (requisito de la transparencia de la cláusula, en aplicación de la doctrina de la repetida STS 9/5/2013).

Por otra parte, la cláusula suelo impugnada, aunque se trate de una cláusula impuesta, no por ello excluye que deba tratarse de una cláusula conocida y aceptada, pues tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentida e incorporada al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica - art. 1261.1º CC -, como por exigirlo de forma expresa el art. 5.1 de LCGC, las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.

CUARTO .- Ahora bien, llegados al punto de conceptualizar a la "cláusula suelo" como condición general de la contratación, habrá de analizarse si puede estar sometida o no al control de abusividad, dado que, pese a su naturaleza de "condición general de la contratación", según la STS 9/5/2013 , forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario; definen el objeto principal del contrato, y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial. Respecto al control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato, la tantas veces citada STS 241/13 concluye que no cabe el control de contenido de las estipulaciones esenciales (precio / prestación), ni siquiera cuando se trata de consumidores (el artículo 4. 2, de la Directiva 93/13 establece 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).

Ello no puede conllevar que, en tanto condición general de la contratación, no pueda ser sometida a un control de transparencia e incorporación. Por tanto, el T.S. declara que el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo o no.

La Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013, inspirada en la Directiva 93/13 (en su considerando decimonoveno y en su artículo 4.2) y en lo que exponía en su precedente sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (donde señalaba que el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, por lo que no cabría un control sobre el precio), sienta que, como regla general, no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece, asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia.

Ese doble control consiste en: 1º) superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º) superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; éste debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula (SAP de Madrid de 26 de julio de 2.013 EDJ 2013/170122).

Las premisas del primer control de transparencia se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo, en el caso de las cláusulas suelo, siempre que se dé cumplimiento en los procesos de concesión de préstamos hipotecarios a las previsiones de la normativa sectorial (en el caso de consumidores, la OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Consiguientemente, aunque se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y que se facilite un ejemplar, ex art. 5 y 7 LCGC), con ello no finaliza el análisis; una cláusula incorporable e incorporada al contrato, cuando se refiere a



elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. Respecto al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que conlleva para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del cliente, por lo que se pretende asegurar que el prestatario tenga la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Es necesario llevar a cabo un segundo análisis o control de transparencia a fin de constatar que "(...) la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato " (f. 211). Es decir, " 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"(f. 256) sin que sea "(...) preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-" (f. 257). En fin, es un " control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato " (f. 215b).

Para efectuar el segundo control, el Tribunal Supremo nos señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas suelo/techo. En concreto:

- a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia (el tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza);
- b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropio secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia;
- c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato;
- d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;
- e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y
- f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como precisó el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 3 de junio de 2013 , aclaratorio de la precedente sentencia de 9 de mayo de 2013 (" las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo"). Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.

Como señala la SAP de Córdoba de 18 de junio de 2.013 (F.J. 6º), el reproche que la Sala 1ª del TS hace a las entidades bancarias es precisamente que se dé a las cláusulas suelo una relevancia secundaria; la razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (Euribor). La cláusula suelo puede conducir al cliente a un error sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por el efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente,



restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello, concluye el Tribunal Supremo: " *En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas ..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor*".

QUINTO .- Al hallarnos ante un supuesto en el que los actores son consumidores resulta de aplicación el doble control de transparencia *ut supra* reproducido.

La parte demandada sostiene que, en el presente caso, fue la demandante quien voluntariamente decidió aceptar la inclusión de la cláusula suelo en el contrato, pues en la fase previa a la firma de la escritura se entabló un proceso de negociación relativo a las condiciones de la novación y también se les informó de la inclusión de la cláusula suelo.

No es posible concluir, como se razonará a continuación, que en préstamo hipotecario de *litis* se cumplan los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, pues:

Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Lo cierto es que no se ha logrado acreditar por la demandada que, en el momento de la firma de la escritura los demandantes fuesen conocedores de la inclusión de la cláusula suelo y, en particular, de las repercusiones que ello implicaba en cuanto a la aplicación de una cláusula de limitación del tipo de interés aplicable.

No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. A este respecto, la demandada sostiene como argumento defensivo que sí se informó a los clientes de las condiciones del préstamo, y que negociaron al existir novación, sin embargo cabe el hecho de que exista novación no conduce necesariamente a pensar en negociación, en sentido contrario puede haber una novación y a la vez imposición de las condiciones, y sin que la parte demandada practique prueba alguna de la existencia de negociaciones, entiende el tribunal que se imponen las condiciones a firmar.

Resulta que no hay constancia de que BANCO CEISS S.A. hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la cláusula. Es de aplicación el f. 221 " *dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula* ".

Así, del examen de la prueba documental aportada con el escrito de demanda se deduce que nos hallamos, como ya ha quedado expuesto, ante una condición general que, aunque su redacción sea clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco. Como señala la STS de 9 de mayo de 2.013 (F.J. 264) los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable".

Por otra parte, la cláusula objeto de examen se encuentra ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del otro contratante.

En suma, se comprueba que no hay prueba alguna de que BANCO CEISS S.A. incidiera en la cláusula suelo en su negociación con la demandante, para que ésta fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y de cómo se iba a devolver el préstamo.

Es importante destacar que la cláusula suelo debe reunir, al tenor de los razonamientos jurídicos contenidos en la presente resolución, los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general (artículos 5 y 7 LCGC: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concesión y sencillez; no pudiendo queda incorporadas al contrato las



condiciones generales que el adherente no hubiera tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración ni las ilegibles, ambiguas oscuras e incomprensibles). El art 80.1 TRLCU establece que las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores y usuarios deben cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, así como de accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. La Exposición de Motivos de la LCGC indica que el concepto de abusividad queda circunscrito a contratos con consumidores pero añade que " *esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual* ", por lo que nada impide que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes, incluso cuando se trate de contratos con empresarios y profesionales.

Pues bien, en el presente caso resulta evidente el desequilibrio, mas éste no se deriva de la relación del suelo del interés con la cláusula techo: señala la STS de 9 de mayo de 2.013 que no es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, pues incluso son lícitas las cláusulas suelo que no coexisten con una cláusula techo. Para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo no transparentes debe atenderse al "reparto real de los riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto" y, en el caso de autos, el préstamo nació condenado a quedar en su nivel inferior como fijo y sólo variable a su alza como, de hecho, ha ocurrido (en este sentido, *vid* . SAP de Alicante de 23 de julio de 2.013).

Conforme al art 8 LCGC las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, siendo en partícula nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor. Esta abusividad se concreta (*art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU*) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo.

En definitiva, ante la ausencia de prueba que acredite que los actores fueron plenamente conscientes del alcance de la cláusula suelo analizada, debe declararse su nulidad por falta de transparencia, por lo que al no superar el mencionado control de transparencia la cláusula litigiosa es abusiva, conforme a los parámetros exigidos por el artículo 8.1.2 LCGC, en relación a los artículos 82.1 y 82.3 TRLGDCU. Consiguientemente, procede su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme establecen los artículos 9.2 y 10.2 LCGC, en relación con los artículos 1.256 , 1.261 y 1.300 CC . La cláusula suelo no transparente es, por tanto, nula, sin posibilidad de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito). A este respecto, debe recordarse que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 14 de junio de 2012 EDJ2012/109012, resolvió sobre la posible oposición del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios (que es reproducción literal del invocado más arriba) con los artículos 6, apartado 1 , y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 . Y la resolvió en el sentido de hallarse obligado el Juez nacional únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, no hallándose facultado para modificar el contenido de la misma, subsistiendo el contrato en cuestión sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal subsistencia sea posible. Por ello, subsistiendo el contrato sin necesidad de integración alguna, no procede moderar una cláusula inexistente ya por haber sido declarada nula de pleno derecho.

Procede estimar la petición de declaración de nulidad de la cláusula suelo, por tener el carácter de abusiva, así como la condena de la demandada a la eliminación de la cláusula suelo del contrato en el que se inserta.

Igualmente y como consecuencia de lo anterior procede condenar a la demandada al recalcuro de los importes recibidos en concepto de cuotas mensuales de devolución de préstamo y recalcuro por consiguiente del capital amortizado y deuda pendiente considerando los intereses satisfechos en exceso por efecto de dicha cláusula, con respecto a los que habrían procedido de no haber existido la referida cláusula desde fecha nueve de mayo de dos mil trece y hasta sentencia, así como los intereses compensatorios de dichas cantidades totales ya satisfechas conforme al interés remuneratorio procedente e imputando el sobrante de lo pagado a la amortización del capital.

SEXTO .- Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, la SAP PO 1140/2015, de cuatro de junio de dos mil quince se refiere a esta en los siguientes términos "... Como doctrina general en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, cumple recordar que la jurisprudencia más reciente solo admite la validez de dichas cláusulas cuando "concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las



obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes" (cfr. SSTs. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008, y 16 de diciembre de 2009). Línea jurisprudencial que ha sido confirmada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (apartado 73). Resulta obligado analizar caso por caso la naturaleza de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento, e impide que la inobservancia de una prestación accesoria tenga efectos tan gravosos para el contratante incumplidor, por lo que el incumplimiento de cualquier pago procedente de "una liquidación de intereses, o de la de ajuste, en su caso" vulnera lo dispuesto en el art. 7 a) LCGC y los arts. 80.1 a) TRLU, y como sostiene la STS de 16 de diciembre de 2009, una cláusula tan abierta viene a dejar la resolución del contrato a la voluntad de uno de los contratantes, con manifiesto desequilibrio del prestatario, usuario del servicio, con infracción del art. 82.4 letras a) y e) TRLCU ... De otra parte, el TJUE se ha ocupado de esta clase de estipulaciones en la conocida sentencia Aziz, de 14 de marzo de 2013 y en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender: "[e]n 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. Con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dio nueva redacción al art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, no sólo admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 CC), sino que se enmarca dentro de la facultad resolutoria general de las obligaciones recíprocas del art. 1124. Una cláusula que se limitara a reproducir un principio legal o una norma de derecho dispositivo no puede ser objeto de control de contenido, como es de evidencia. Precisamente por ello, si la cláusula es declarada nula, se aplicarían las normas legales o supletorias ...".

En el presente supuesto la cláusula aparece como abusiva al no establecer reciprocidad, ni respetar el criterio de la necesaria gravedad de los incumplimientos para la aplicación de la misma.

Respecto a la estipulación del contrato de préstamo, que señala que para el cálculo de intereses para períodos inferiores a un año se atenderá el de 360 días, deben traerse a colación todos los argumentos expuestos anteriormente, y a la vista de la no existencia de reciprocidad, entendemos que es impuesta por la parte demandada, de lo que debe igualmente deducirse que la misma es nula y debe tenerse por no puesta.

Por último examinamos la cláusula de atribución de abono de gastos de la escritura hipotecaria que se refiere a obligación del prestatario de abono de gastos preparatorios de la operación por servicios de terceros, gastos notariales y registrales, impuestos del préstamo hipotecario, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad, los derivados de la conservación del inmueble hipotecado y gastos procesales derivados del incumplimiento de obligaciones de pago.

El art. 89.3 TRLCU 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" (número 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º).

El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, 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 como 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).

Siguiendo la sentencia de la AP de Pontevedra, de fecha 14 de mayo de 2014 "la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita



dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca. Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones".

Respecto a los gastos derivados de aranceles notariales y registrales. Gastos de tramitación, seguimos nuevamente la sentencia de la AP de Pontevedra, de fecha 14 de mayo de 2014 "... De acuerdo con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de 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. Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquella o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad). Los mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación ... La cláusula 5ª de la póliza de préstamo hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma 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. Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula".

Vista la nulidad de tales cláusulas, nos referimos a sus efectos, y a estos efectos de la declaración de nulidad de parte de la cláusula se refiere la sentencia de la AP de Pontevedra, de fecha 29 de enero de 2016, "... Una vez declarada la nulidad de la cláusula, con estimación de la primera de las acciones ejercitadas por la parte demandante, procede determinar cuáles son los efectos que se derivan de esta declaración ... como se dijo en la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 2015, una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual ... dicho de otro modo, expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regule el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Resulta posible que en el caso concreto al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto ... que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende al buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación ... A mayor abundamiento, no es posible confundir los efectos de la nulidad de la cláusula, en tanto que expulsada del contrato, cuando la cláusula únicamente ha tenido efectos entre las propias partes, con la situación que se plantea cuando la aplicación de la cláusula no se ha limitado a los contratantes sino que afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago ... en suma, la afectación de un tercero, que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considerara pertinente, impide hacer una aplicación acrítica del art. 1303 del Código Civil".

Y con los argumentos expuesto y la pretendida nulidad de la cláusula en los gastos de Registro y de Notaría debe estarse a la prueba que se despliega en el acto del juicio, y de esta no puede desprenderse la imposición de tal cláusula y que ello posibilite la restitución de las prestaciones. Así se aportan las facturas sin que haya



existido objeción alguna hasta el año 2015, y sin que se haya practicado prueba alguna que permita concretar las circunstancias del supuesto, lo que impide que pueda imponerse en la presente una condena dineraria.

SÉPTIMO .- En cuanto a las costas, conforme al artículo 394 LEC , no procede imponer las costas procesales a ninguna de las partes por haberse producido una estimación parcial de la demanda, debiendo cada parte abonar las costas ocasionadas a su instancia, siendo las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por DON Lázaro Y DOÑA Salome , representada por la Procuradora Sra. Cobas Gómez y asistido por Letrado, BANCO CAJA DE ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS, MONTE DE PIEDAD S.A., representada por el Procurador Sr. Toucedo Rey y asistida por Letrado, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos sin que proceda reintegro alguno por este concepto. La nulidad de la cláusula de fijación del año en 360 días, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades que en su caso hubiera recibido de los actores por este concepto desde fecha nueve de mayo de dos mil trece. La nulidad de la denominada cláusula suelo, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades que en su caso hubiera recibido de los actores por este concepto desde fecha nueve de mayo de dos mil trece. Que se tengan tales estipulaciones por no puestas, condenando a la entidad demandada a realizar las correspondientes variaciones del contrato a su exclusiva cuenta y cargo.

Todo ello sin expresa imposición de costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Publicación: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por el Sr. Magistrado-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-