



Roj: **SAP C 179/2017 - ECLI:ES:APC:2017:179**

Id Cendoj: **15030370042017100031**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **26/01/2017**

Nº de Recurso: **4/2017**

Nº de Resolución: **26/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00026/2017

Nº ROLLO: **4/2017**

N10250

CAPITAN JUAN VARELA S/N

-

Tfno.: 981182091 Fax: 981182089

AM

N.I.G. 15030 47 1 2015 0000613

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000004 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000297 /2015

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador: MARIA ALONSO LOIS

Abogado: MARCOS FARIÑA SEOANE

Recurrido: Remedios , Constantino , Feliciano , Adelina

Procurador: , , MARTA ISABEL PEREIRA DE VICENTE , MARTA ISABEL PEREIRA DE VICENTE

Abogado: , , MARIA BELEN FUENTES SALORIO , MARIA BELEN FUENTES SALORIO

S E N T E N C I A

Nº26/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta Civil-Mercantil

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, Pte.

D. PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN

Dª. MARÍA DEL CARMEN MARTELO PÉREZ



En A Coruña, a veintiséis de enero de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000297/2015, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0004/2017, en los que aparece como parte apelante, "BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.", representado por la Procurador de los tribunales, D^a. MARÍA LONSO LOIS, asistido por el Abogado D. MARCOS FARIÑA SEOANE, y como parte apelada, D. Feliciano y Adelina, representados por la Procuradora de los tribunales, D^a. MARTA ISABEL PEREIRA DE VICENTE, asistida por la Abogada D^a. MARÍA BELÉN FUENTES SALORIO, la allanada D^a. Remedios y el apelado D. Constantino, representados en primera instancia por el Procurador de los Tribunales D. Juan Pedreira Espiñeira y defendido por el Abogado D. Gabriel Feal Varela; versando los autos sobre nulidad de condiciones generales de contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, se dictó sentencia con fecha 14/10/2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Que debo ESTIMAR** y ESTIMO, PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Feliciano y D. Adelina, representado por el Procurador Sra. Pereira de Vicente y asistida por el Letrado Sra. Fuentes contra la demandada BANCO PASTOR S.A., representada por la Procuradora Sra. Alonso Lois y asistida por el Letrado Sr. Fariña Seoane, DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad de la cláusula del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de mayo de 2006, recogida en la estipulación financiera 3.2.1 en el contrato del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 11 de septiembre de 2009, recogida en la estipulación financiera 3.2.1, referida al IRPH-ENTIDADES. En consecuencia: DEBO CONDENAR y CONDENO a la entidad bancaria a eliminar la cláusula nula del referido contrato suscrito con el actor y condeno a la entidad a volver a calcular las cuotas de los préstamos hipotecarios con eliminación de las cláusulas anuladas y a restituir al actor las cantidades que se hubieren podido cobrar en exceso resultante del cobro de intereses, que será determinada en ejecución de sentencia, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien mediante compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de amortizar realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera 3.3 de la cláusula primera del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de mayo de 2006 que establece una limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo) de 3,50%, así como del apartado de la cláusula primera del contrato de préstamo hipotecario de 11 de septiembre de 2009 que establece una limitación del tipo de interés del 4%. Debo CONDENAR y CONDENO a la entidad bancaria a eliminar la cláusula nula del referido contrato suscrito con el actor y condeno a la entidad a volver a calcular las cuotas de los préstamos hipotecarios con eliminación de las cláusulas anuladas y a restituir al actor las cantidades que se hubieren podido cobrar en exceso resultante del cobro de intereses, que será determinada en ejecución de sentencia, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien mediante compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de amortizar realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas. La entidad bancaria a restituir al actor las cantidades que se hubieren podido cobrar en exceso, en concepto de intereses, como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales desde el 9 de mayo de 2013. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad del apartado 4.3 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de mayo de 2006 y del apartado 4.3 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 11 de septiembre de 2009 que impone a los prestatarios una omisión por reclamación de posiciones deudoras. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera 5.1.2 (gastos a cargo del prestatario) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de mayo de 2006 y el de 11 de septiembre de 2009 que imputa al prestatario los gastos e impuesto que se originen en virtud del presente contrato, de sus inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de la primera copia para el Banco, así como los que se origine su modificación o cancelación y los gastos de impuesto derivados de la inscripción en el Registro de la propiedad, en su caso, de las obras e instalaciones conforme a la cláusula segunda. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera 5.1.4 de la cláusula primera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de mayo de 2006 y el de 11 de septiembre de 2009 que imputa a la parte deudora los gastos y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que el Banco entable para exigir el pago o cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio y mejor derecho, honorarios de letrado y derechos de procurador que utilizare aunque no fuere preceptiva de la intervención, pudiendo ser anticipadas por el Banco. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera 7.2.3 de la cláusula financiera primera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de mayo de 2006 y el de 11 de septiembre de 2009 por vencimiento anticipado por falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones de este contrato, incluso las accesorias. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera primera apartado 7.1.1 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 26 de mayo de 2006 y el de 11 de septiembre de 2009 relativa a la falta de pago a su vencimiento de cualquier cuota de amortización de capital y/



o intereses. Debo DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula financiera décima relativa al procedimiento de venta extrajudicial (apartado 3 de la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 11 de septiembre de 2009). Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- La expresada sentencia ha sido recurrida por la entidad demandada, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, señalándose audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- . Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. D. PABLO GONZÁLEZ CARRERÓ FOJÓN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Planteamiento y resolución del litigio en primera instancia .

1. Don Feliciano y doña Adelina demandaron a BANCO PASTOR S.A. para que se declare judicialmente la nulidad de ciertas cláusulas comunes a los dos contratos de préstamo que mantienen con la demandada, uno de fecha 26 de mayo de 2006 por importe de 108.000,00 € y el otro de fecha 11 de septiembre de 2009 por importe de 18.000,00 €, en ambos casos con garantía hipotecaria constituida sobre un inmueble de su propiedad, para cuya construcción solicitaron los dos préstamos. A indicación del Juzgado, la demanda fue posteriormente ampliada para dirigirla también contra los fiadores personales de los dos préstamos, doña Remedios y don Constantino , por estar también interesados en el resultado del litigio.

2. Las cláusulas combatidas son las siguientes:

. Cláusula financiera **3.2.1.** de las dos escrituras de préstamo, que establece como tipo de interés de referencia (al que se añade el diferencial, que es de 0,25 puntos porcentuales en el primer préstamo y de 1 punto en el segundo) "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España".

.Cláusula financiera **3.3 .**, "límite a la variación del tipo de interés aplicable". "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50%". En la escritura de 2009, la cláusula, con idéntica redacción y numeración, establece sin embargo un suelo del 4%.

.Cláusula financiera **4.3.** de las dos escrituras, titulada "Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas" y que es del tenor literal siguiente: "Se devengará una comisión en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas por importe de treinta euros con cinco céntimos (30,05 €) que se devengará por una sola vez en cada situación que la parte prestataria mantenga obligación/es de pago/s incumplida/s y que se cobrará cuando la parte prestataria regularice voluntariamente la situación de mora o conjuntamente con la primera liquidación de intereses ordinarios que se produzca con posterioridad". La redacción transcrita es la de la escritura de 2009; la de la escritura de 2006 es prácticamente idéntica salvo en cuanto sólo expresa en letras el importe de la comisión y completa la frase "obligación/es de pago/s incumplida/s" con la indicación "en su/s fecha/s".

. Cláusula financiera **5.1.2.** de las dos escrituras de préstamo, a tenor de la cual serán de cuenta del prestatario "los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del presente contrato, de su inscripción en el Registro de la Propiedad y de la expedición de una primera copia para el Banco, así como los que origine su modificación o cancelación y los gastos e impuestos derivados de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso, de las obras e instalaciones conforme a la cláusula SEGUNDA".

. Cláusula financiera **5.1.4 .** de las dos escrituras de préstamo, a tenor de la cual serán de cuenta del prestatario "los gastos y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que el Banco entable para exigir el pago o el cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio y de mejor derecho, honorarios de Letrado y derechos de Procurador que utilizare, aunque no fuera preceptiva su intervención, pudiendo ser anticipadas todas esas cantidades por el Banco a cargo de la parte deudora".

. Cláusula financiera **7.1.1.** de las dos escrituras de préstamo, a tenor de la cual podrá el Banco dar por vencido anticipadamente el contrato y ejercitar las acciones de reclamación "por falta de pago a sus vencimientos de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses a que se refiere la cláusula PRIMERA".

. Cláusula financiera **7.2.3.** de las dos escrituras de préstamo, a tenor de la cual podrá el Banco dar por vencido anticipadamente el contrato y ejercitar las acciones de reclamación "si la parte deudora incumpliera alguna de las obligaciones de este contrato, incluso las accesorias".



. Cláusula **TERCERA 3.** de las dos escrituras de préstamo, a tenor de la cual "se pacta expresamente que la Entidad acreedora podrá acudir a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria , conforme al artículo 1858 del Código Civil y con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario".

3. La sentencia del Juzgado estimó esencialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas combatidas, sin imposición de costas. Solo en lo referente a la extensión de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés aplicable se aparta la sentencia de lo pretendido por los demandantes.

4. En su recurso de apelación, BANCO PASTOR S.A. cuestiona todos los pronunciamientos de la sentencia salvo el relativo a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y sus efectos restitutorios. Los actores no han apelado la sentencia ni impugnado el pronunciamiento que no les es íntegramente favorable.

SEGUNDO .- Cláusula financiera 3.2.1. El I.R.P.H Entidades como tipo de interés de referencia

1. El recurso de apelación denuncia, en primer lugar, que la sentencia apelada es incongruente porque la mayor parte de su extenso razonamiento se refiere a un índice, el IRPH Cajas, que no es el establecido en los contratos litigiosos, ni como principal ni como sustitutivo. Y, en efecto, la cláusula discutida establece como índice de referencia para el cálculo el tipo de interés aplicable "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 3 del anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España", es decir, el conocido como "**IRPH Entidades**", y como sustitutivo (cláusula 3.2.3.) el hoy suprimido "IRPH Bancos" (la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, establece que con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos). Es cierto que la sentencia apelada asume erróneamente que la cláusula discutida contempla como índice de referencia el IRPH Cajas y sobre éste desarrolla toda la argumentación de su fundamento jurídico tercero.

2. Puesto que sentencia declara la nulidad de la cláusula, el defecto denunciado por la recurrente no es propiamente de congruencia externa a que se refiere el artículo 218.1 de la LEC -pues no se concede más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum) - , sino de congruencia interna o motivación, defecto que, como recuerda el Auto del TS de 11 de enero de 2017 (ROJ : ATS 27/2017) , el Tribunal Constitucional considera lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. La contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre). Y lo es, sin duda, en este caso puesto que se basa en el análisis de un índice de referencia que no es el que la parte actora combate.

3. La demanda cuestiona la validez de la cláusula financiera 3.2.1. desde dos perspectivas diferentes. Con la primera destaca que se trata de una cláusula predispuesta por la entidad bancaria y que, además, reviste los caracteres propios de una condición general de la contratación; como la entidad prestamista no informó a los clientes de la existencia de otros tipos de referencia menos gravosos -como por ejemplo el EURIBOR-, los prestatarios no pudieron conocer con sencillez la carga económica y jurídica que realmente supone el contrato, generándose así un desequilibrio en las contraprestaciones (sic) que permite su consideración como cláusula abusiva por falta de transparencia y, por lo tanto, su declaración de nulidad en aplicación del artículo 8. 2 de la LCGC. Desde una segunda perspectiva, la cláusula es nula, razona la demandante, conforme al artículo 8. 1 de la LCGC y 6. 3 del Código civil , por infracción de normas imperativas entre las que menciona el artículo 1256 el Código civil , el artículo 60 1 de la LGDCU y las normas de disciplina bancaria que se refieren a la utilización por las entidades financieras de índices de referencia y, en particular, la Orden de 5 de mayo de 1994, vigente al tiempo de celebrarse los contratos litigiosos, cuyo artículo 6. 2 establece que *en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades* . Concluye el razonamiento de la demanda que al ser nula la cláusula que fija el interés remuneratorio, y puesto que ya no puede regir el tipo sustitutivo previsto en el contrato, la prestamista debe restituir todo lo percibido de los prestatarios en concepto de intereses, con el agregado de los intereses de mora y procesales, y el préstamo debe ser considerado gratuito.



4. Las cláusulas predisuestas que se refieren -definiéndolo o delimitándolo- al objeto principal o a los elementos esenciales de un contrato celebrado con consumidores -por ejemplo, al precio del dinero en el caso de contratos de préstamo bancario- no son susceptibles de control de contenido conforme a lo establecido en el artículo 4. 2 de la Directiva 93/13. Sin embargo, y siempre en el marco de la contratación entre un empresario y un consumidor o usuario, nuestra jurisprudencia a partir de las STS de 18 de junio de 2012 y de 9 de mayo de 2013, garantiza un doble control de transparencia que no sólo preserve su válida incorporación al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, sino que además asegure que el consumidor haya podido "hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá". El control de transparencia supone a la postre la valoración de *cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó* (STS de 8 de septiembre de 2014). En el mismo sentido, es bien expresiva del significado y alcance del control cualificado de transparencia la sentencia del TS de 29 de abril de 2015 (ROJ : STS 2207/2015) cuando dice " *que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio* ". O la fórmula que últimamente reitera la STS de 14 de julio de 2007 (ROJ: STS 3412/2016) según la cual estas condiciones generales -las que definen el objeto principal del contrato- *pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación*.

5. El test de transparencia que la demanda propone se aparta rotundamente de las premisas en que lo asienta la doctrina jurisprudencial. Porque lo que en realidad se denuncia no es que la cláusula no sea transparente, que sin duda lo es, sino que la previsión en las escrituras del índice de referencia variable *IRPH Entidades* no estuvo precedida de una oferta y negociación sobre índices alternativos, como el Euribor, supuestamente más ventajosos para los clientes (argumento que, dicho sea de paso, prescinde del otro componente del cálculo del tipo de interés aplicable, el diferencial, que será normalmente menor cuanto más estable y alto se mantenga ordinariamente el índice referencial elegido). De esta manera, lo que los demandantes en realidad proponen es un control judicial de la adecuación entre precio y contraprestación que no tiene sustento en la Directiva 93/13 - que con claridad lo excluye en el artículo 4.2- ni en la LGDCU y la jurisprudencia. No hay en este caso alteración subreptica, sorpresiva o inesperada del objeto principal del contrato, sino definición misma de una de las bases o componentes del precio que los clientes consienten como contraprestación por el dinero que reciben en préstamo, redactada de forma clara y comprensible. Si el mercado, o la misma entidad bancaria, ofrecía otros precios alternativos por el mismo servicio, y si referenciar el préstamo al Euribor habría sido en este caso más ventajoso para los prestatarios, no por ello cabe cuestionar la transparencia de la cláusula.

6. Tampoco cabe sostener en este caso que la previsión del *IRPH Entidades* (tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por entidades de crédito en España) infrinja normas imperativas que, por no prever otro efecto distinto, determinen la nulidad de la cláusula con arreglo al artículo 8. 1 de la LCGC. Se trata de un índice oficial que elabora y publica el Banco de España. Lo era ya en 2006 y 2009 y lo sigue siendo hoy en día, puesto que figura en la relación de tipos de interés oficiales de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en los servicios bancarios, y en la Circular 5/2012, del Banco de España, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los créditos bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que detalla además la metodología para su cálculo y publicación periódica a partir de la información que obligatoriamente le deben suministrar los bancos, las cajas de ahorros, las confederaciones españolas de cajas de ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras. De ninguna manera cabe afirmar que el índice así configurado implique dejar al arbitrio del banco prestamista la validez y el cumplimiento del contrato, si con la invocación del artículo 1256 del Código civil se quiere decir que el banco determina unilateralmente el precio que para cada periodo anual de revisión del tipo de interés deben satisfacer los prestatarios.

7. Rechazamos también que la adopción del referido índice infrinja lo establecido en el artículo 6. 2 letra a) de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente al tiempo de concertarse los préstamos litigiosos. El sentido de la norma es cerrar la puerta al uso por las entidades financieras de índices alternativos a los oficiales que no reúnan las condiciones de seguridad que establece. Precisamente en desarrollo de esa Orden Ministerial y de acuerdo con su disposición adicional segunda, la Circular 5/1994, del Banco de España (BOE del 3 de agosto de 1994) incluyó entre los índices o



tipos de referencia oficiales el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito" (letra c del apartado 3 de la norma Sexta bis de la Circular 8/90, que reforma), de modo que para el regulador encargado de la disciplina bancaria no se trata, desde luego, de un índice susceptible de influencia por las propias entidades bancarias en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Por supuesto que cabe la posibilidad de que una entidad bancaria -no necesariamente la prestamista- intervenga con otras en conductas colusorias, delictivas incluso, que influyan en éste o en cualquier otro índice de referencia, sea o no oficial, en perjuicio de los consumidores (de hecho, la prensa ha publicado recientemente la noticia de investigaciones relativas a actuaciones concertadas de varias entidades financieras para manipular el Euribor), y nada impide que los particulares puedan, en ese escenario, ejercitar las acciones individuales o colectivas de resarcimiento que el Reglamento 1/2003, CE, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, considerando 7, reserva a la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, como también lo hace nuestra Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 86 ter2, letra f), de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero la previsión normativa de la orden de 5 de mayo de 1994 no convierte cualquier índice, y menos aún los oficiales, en ilícito por el hecho de ser susceptible de quedar afectado por conductas colusorias, porque ningún precio no regulado de bienes o servicios queda en realidad, y en último término, al margen de ese riesgo.

8. La eventual infracción del deber de información previa al contrato por parte del banco, en los términos del artículo 60 1 de la LGDCU que se invoca como vulnerado, no convierte la cláusula discutida en contraria a una norma imperativa o prohibitiva. Podrá justificar, en su caso, la imposición de sanciones administrativas conforme a lo prevenido en el artículo 51 en relación con el artículo 49 1 letra n) de la misma Ley, o servir de base para una acción resolutoria sustentada en error vicio del consentimiento, pero no opera como norma de contraste para valorar la validez misma de la cláusula conforme al artículo 8. 1 de la LCGC y 6. 3 del Código civil.

9. Así pues, el recurso de apelación del banco demandado debe ser estimado en cuanto al extremo a que este fundamento jurídico se refiere.

TERCERO.- Cláusula financiera 4.3. "Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas"

1. Aun cuando la comisión de 30,05 € está prevista "en concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas", es lo cierto que no se vincula a la efectiva reclamación que haya hecho o deba hacer el banco, ni por lo tanto a gastos de gestión precalculados en que el banco pueda incurrir, puesto que su devengo se produce "en cada situación que la parte prestataria mantenga obligación/es de pago/s incumplida/s y que se cobrará cuando la parte prestataria regularice voluntariamente la situación de mora o conjuntamente con la primera liquidación de intereses ordinarios que se produzca con posterioridad". No discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios previstos en la cláusula financiera 6, se produzca el devengo de una comisión que, de hecho, en casos de mero retraso de uno o unos pocos días, implica una indemnización tan desproporcionadamente alta que en el caso del préstamo de 2009 representa casi una tercera parte del importe de la cuota mensual inicial comprensiva de capital e intereses (102,73 €).

2. Tal como está redactada, desvinculada de cualquier servicio o gestión que la entidad financiera deba realizar y que justifique la comisión, la cláusula encaja en la previsión del apartado 6 del artículo 85 de la LGDCU, que reputa abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla sus obligaciones. El recurso debe ser, por ello, desestimado en cuanto a este extremo.

CUARTO.- Cláusula financiera 5.1.2. Gastos e impuestos.

1. La Sentencia del TS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015), se refiere en su fundamento jurídico Quinto, letra g) a una cláusula que, análogamente a la aquí discutida, asigna al prestatario los gastos e impuestos que se ocasionen por razón del contrato, y los de constitución, conservación y cancelación de la garantía hipotecaria. El Tribunal Supremo argumenta a partir de la consideración como cláusulas abusivas de las que impliquen la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario (artículo 89 3 LGDCU).

2. Su desarrollo argumental a propósito de los gastos de formalización e inscripción de la escritura es trasladable a nuestro caso. Dice el TS, invocando como precedente su ST de 1 de junio de 2000, que *en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC*



). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). Aparentemente, esta última mención debe entenderse hecha al artículo 89. 3.

3. También son aplicables a nuestro caso las consideraciones que el Tribunal Supremo hace a propósito de los tributos, cuyo pago asigna la cláusula al prestatario con independencia de que sea o no el verdadero sujeto pasivo del impuesto. Dice la STS de 23 de diciembre de 2015, que cita como precedente la de 25 de noviembre de 2011, que "la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho". Aunque en nuestro caso no se trata de la compraventa de una vivienda, sino de la financiación para su construcción, y por lo tanto no es directamente de aplicación la letra c) del artículo 89. 3, sí lo es la norma general -que abarca la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario- de la que los demás supuestos del precepto, letras a) a d), son concreción para la compraventa de viviendas.

4. Así pues, debemos confirmar la sentencia apelada en cuanto a este extremo de modo que, en ausencia de la cláusula nula, los gastos e impuestos se asignen según ley o norma aplicable a cada uno de ellos, es decir, a las normas que la cláusula abusiva ilícitamente altera en beneficio del empresario y en perjuicio del consumidor. Hacemos salvedad de la obligación que contractualmente asumen los prestatarios de proceder inscripción en el Registro de la Propiedad de las obras e instalaciones con las que se refleje en todo momento el estado físico real de la finca hipotecada, a la que se refiere la cláusula segunda, penúltimo párrafo, de la escritura.

QUINTO .- Cláusula financiera 5.1.4.Gastos y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales.

1. De nuevo en este caso debemos hacer aplicación de la doctrina que resulta de la STS de 23 de diciembre de 2015 que a propósito de los gastos procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, advierte que "los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

2. Añade el TS que, respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente



para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC .

3. Proyectando la reseñada doctrina sobre nuestro caso -en el que la cláusula asigna al prestatario "los gastos y costas de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que el Banco entable para exigir el pago o el cumplimiento de lo pactado, incluso tercerías de dominio y de mejor derecho, honorarios de Letrado y derechos de Procurador que utilizare, aunque no fuera preceptiva su intervención, pudiendo ser anticipadas todas esas cantidades por el Banco a cargo de la parte deudora"- la declaración de nulidad es ajustada a derecho y el recurso debe ser también, por ello, desestimado en cuanto a este extremo.

SEXTO .- Cláusulas de vencimiento anticipado 7.1.1. (impago de cualquier cuota a su vencimiento) y 7.2.3. (incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales, incluso las accesorias)

1. Sobre cláusulas semejantes ya hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos en resoluciones anteriores de esta misma sala (sentencias 379/2014, de 28 de noviembre y 258/2015, de 28 de julio). La misma sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 establece que *una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorias, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves* .

2. En nuestra anterior sentencia nº. 285/2015, de 28 de julio , ya sostuvimos, a partir de la doctrina del TJUE (ST 14 de marzo de 2013) y de los condicionantes de validez de cláusulas de vencimiento anticipado que establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que su proyección sobre un único incumplimiento en el pago de la cuota o sobre la inobservancia de cualquier obligación contractual, incluso accesorias, desequilibra gravemente en perjuicio del consumidor adherente la posición jurídica que, en ausencia de la cláusula, le permitiría resistir eficazmente la pretensión del banco de dar por vencido anticipadamente el plazo y reclamar la totalidad de lo adeudado. Porque es doctrina jurisprudencial reiterada, bien que generada sobre la base de la facultad resolutoria por incumplimiento en contratos con obligaciones recíprocas, la que mantiene que sólo el incumplimiento grave o esencial, el que frustra definitivamente o amenaza con quebrar la razón económica del contrato, justifica la resolución; del mismo modo, en contratos unilaterales como un préstamo en el que la obligación de restitución del prestatario se ha de cumplir en plazos mensuales a lo largo de varios años, la mera infectividad de una cuota o de una obligación accesorias, por cualquier causa y aunque no tenga significación de definitivo incumplimiento sino de mero retraso, no habilita ordinariamente al prestamista para vencer anticipadamente el préstamo y privar al prestatario del plazo, como lo demuestra el hecho de que la norma dispositiva del Código civil (artículo 1129) sólo contemple supuestos de certeza de incumplimiento (deudor insolvente) o de grave y cierto riesgo de infectividad (no otorgar las garantías comprometidas o pérdida de su valor por actos propios del deudor). Las cláusulas combatidas quiebran así el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que del régimen normal del contrato se derivan; lo hacen, además, en perjuicio del adherente consumidor y de forma grave o importante, pues no se limitan a reconocer al prestamista una facultad de vencimiento anticipado sobre supuestos normalmente reveladores de una negativa definitiva o de imposibilidad de cumplimiento, sino que se proyectan sobre cualquier supuesto de infectividad de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses o sobre alguna de las obligaciones del contrato, incluso las accesorias. Se trata, por lo tanto, de cláusulas abusivas en el sentido del artículo 82.1 de la LGDCU y es procedente, por ello, su declaración de nulidad conforme a lo establecido en el artículo 8. 2 de la LCGC.

SÉPTIMO .- Cláusula TERCERA 3. Procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria.

1. No compartimos, en cambio, el criterio de la sentencia apelada en cuanto declara la nulidad de la cláusula de remisión, como procedimiento alternativo de ejecución de la garantía hipotecaria, al previsto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria . No cuestionamos, como es lógico, que se trata de una cláusula predisuelta por la entidad bancaria pero puesto que también se trata de una cláusula que no se refiere al objeto principal del contrato, su abusividad debe resultar del control de su contenido conforme al artículo 82. 1 o los artículos 85 a 90 de la LGDCU .

2. Como reseña la STS de 14 de julio de 2016 , una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva, según resulta de las STJUE de 10 de septiembre de 2014 (C-34/13), o 25 de junio de 2015 (C-32/14). El condicionante de esta doctrina es el respeto y la integridad del principio de efectividad de la Directiva 93/13, de modo que se prevean medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que tales cláusulas no vinculen a éstos.

3. Como también destaca el Tribunal Supremo en la sentencia antes mencionada, tras las reformas operadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y la Ley 19/2015, de 13 de julio, el art. 129.2 LH dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución (el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de



las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil). Así pues, una eventual ejecución extrajudicial que el banco pudiera promover al amparo de la cláusula discutida preservaría suficientemente el derecho del prestatario a oponer la abusividad de cualquier cláusula que sirviera de fundamento a la ejecución, y a acceder a la jurisdicción para clarificar este extremo. Como en el marco de una acción individual el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse según las circunstancias del caso, el control de contenido de la cláusula discutida debe proyectarse sobre las posibilidades que hoy ofrece el procedimiento diseñado en el artículo 129. 2 de la Ley Hipotecaria .

4. Por otra parte, no tiene tampoco sentido cuestionar la validez de una cláusula que permite que el banco, en caso de incumplimiento, acuda a un procedimiento notarial de ejecución en el marco del cual, en la tesis de la actora, podría resultar mermado el derecho del prestatario frente a cláusulas abusivas incorporadas al contrato de préstamo o al de garantía cuando, en esta misma demanda -y antes, por lo tanto, de que se haya producido incumplimiento alguno o que el banco haya iniciado o amagado con iniciar un proceso de ejecución- ha combatido el prestatario la validez de las demás cláusulas del contrato que reputa abusivas. Con el efecto de cosa juzgada que resultará de la firmeza de esta sentencia, el banco ya no podrá servirse de las cláusulas abusivas cuya nulidad ha sido judicialmente declarada y, en tales circunstancias, ni es concebible, ni menciona la parte siquiera, cualquier otra merma o limitación de los derechos que le confiere la Directiva 93/13 que pudiera producirse en un futuro procedimiento de ejecución extrajudicial.

5. Por las razones expuestas y con base en la doctrina expuesta, el recurso de apelación debe ser estimado en cuanto a este extremo, con revocación de la sentencia apelada.

OCTAVO.- Costas y depósito .

Al ser parcialmente estimado el recurso de apelación no se hará especial imposición de las costas de esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la LEC .

Se dispondrá la devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir (disposición adicional decimoquinta de la LOPJ , apartado 8).

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO PASTOR S.A. contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil Número Uno de esta ciudad , que revocamos en cuanto declara la nulidad de la cláusula financiera 3.2.1 (I.R.P.H Entidades) y TERCERA 3. (Procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria); en su lugar, desestimamos la demanda promovida por don Feliciano y doña Adelina en cuanto pretende la nulidad de las dos cláusulas reseñadas. Desestimamos en lo restante el recurso de apelación y confirmamos así la sentencia apelada en cuanto a los demás extremos que fueron objeto del recurso.

No hacemos especial imposición de las costas de esta instancia.

Se dispondrá la devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer en el plazo de veinte días a partir de la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.