



Roj: **SAP PO 400/2018 - ECLI:ES:APPO:2018:400**

Id Cendoj: **36038370012018100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2018**

Nº de Recurso: **724/2017**

Nº de Resolución: **64/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00064/2018

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MC

N.I.G. 36008 41 1 2016 0001925

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000724 /2017

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de CANGAS DE MORRAZO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000530 /2016

Recurrente: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A.

Procurador: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO

Abogado: ELENA VALERO GALAZ

Recurrido: Leandro , María Purificación , Agustina , Matías

Procurador: FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA, FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA , FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA , FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA

Abogado: JOSE CARLOS HERMELO FERNANDEZ, JOSE CARLOS HERMELO FERNANDEZ , JOSE CARLOS HERMELO FERNANDEZ , JOSE CARLOS HERMELO FERNANDEZ

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 64



En Pontevedra, a once de mayo de dos mil dieciocho.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 530/16, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Cangas, a los que ha correspondido el Rollo núm. 724/17, en los que aparece como parte apelante-demandada: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA, representado por el Procurador D. MARIA ROSA MARQUINA TESOURO, y asistido por el Letrado D. ELENA VALERO GALAZ, y como parte apelada-demandante: D. Leandro , D. María Purificación , D. Agustina , D. Matías , representado por el Procurador D. FAUSTINO JAVIER MAQUIEIRA GESTEIRA, y asistido por el Letrado D. JOSE CALROS HERMELO FERNANDEZ, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cangas, con fecha 8 junio 2017, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"1º.-Que estimando parcialmente como estimo la demanda presentada por la representación procesal de Leandro , María Purificación , Agustina Y Matías frente a UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS debo de hacer y hago los siguientes pronunciamientos de declaración, de condena y de absolución:

Primero.-Que debo declarar y declaro la nulidad por abusiva de la cláusula tercera bis recogida en el Contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado ante el Notario de Vigo don Jaime Romero Costa el día 26-2-2007 entre las partes del presente pleito que fija como interés aplicable de referencia el definido como Ç"tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de ahorro" CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tal declaración, con devolución, en consecuencia, de los intereses remuneratorios determinados y percibidos en virtud de ese índice a cuantificar en ejecución de sentencia, aplicando a dicha cantidad los intereses del art. 1.100 del Código Civil y art. 576 de la LEC .

Segundo.- Que debo declarar y declaro la nulidad por abusiva la letra a) de la cláusula sexta A) recogida en el Contrato de préstamo hipotecario celebrado ante el Notario de Vigo don Jaime Romero Costa el día 26-2-2007 entre las partes del presente pleito que fija como interés de demora el porcentaje del 18% CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tal declaración, con devolución, en consecuencia, de los intereses que, en su caso, se hubieran percibido efectivamente en virtud de ese porcentaje, a determinar en su caso en ejecución de sentencia, aplicando a dicha cantidad los intereses del art. 1100 del Código Civil y el art. 576 de la LEC .

Tercero.- Que debo declarar y declaro la nulidad por abusiva de las letras a), c) y d) de la cláusula cuarta A) recobida en el Contrato de préstamo hipotecario celebrado ante el Notario de Vigo don Jaime Romero Costa el día 26-2-2007 entre las partes del presente pleito que imponen a los prestatarios el pago de comisiones por apertura, subrogación y modificación de condiciones, CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tal declaración con devolución, en consecuencia, de la cantidad de 7.100 euros a la parte prestataria abonada en concepto de comisión de apertura aplicando a dicha cantidad los intereses del art. 1100 del Código Civil y el art. 576 de la LEC .

Cuarto.- Que debo declarar y declaro la nulidad por abusiva de la letra a) de la cláusula sexta B) recogida en el Contrato de préstamo hipotecario celebrado ante el Notario de Vigo don Jaime Romero Costa el día 26-2-2007 entre las partes del presente pleito en cuya virtud fija el vencimiento anticipado de la obligación cuando la parte prestataria no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en la escritura, CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Quinto.- Que debo declarar y declaro la nulidad por abusiva las letras b), c), e), f), g) y de pago de la inscripción de la hipoteca (recogida en la letra d) y contenidas en la cláusula quinta del Cotrato de préstamo hipotecario celebrado ante el Notario de Vigo don Jaime Romero Costa el día 26-2-2007 entre las partes del presente pleito en cuya virtud se imponen a la parte prestataria el abono de determinadas cantidades, CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Sexto.- Que debo, en virtud de los argumentos expuestos en la presente resolución, de desestimar y desestimo el resto de pretensiones declarativas y de condena sustanciadas por los actores en su demanda, ABSOLVIENDO, en consecuencia, a UNIÓN DE CREDITOS INMOBILIARIOS, SA ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, de tales pedimentos.

2º.- Estese al fundamento jurídico undécimo respecto de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Unión de Créditos Inmobiliarios SA, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, se han seguido las prescripciones, salvo los términos legales, debido a la huelga iniciada el 7 de febrero de 2018 por el personal de la Administración de Xustiza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Introducción.*

1 El recurso de apelación trae causa de la demanda presentada por cuatro prestatarios en la que pretendían la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato de préstamo hipotecario concertado con la entidad demandada el día 26.2.2007.

2 El supuesto presenta la peculiaridad de que, -como expone la demanda-, en el proceso previo a la contratación los prestatarios contactaron con una empresa intermediaria, que asumió el encargo de proponer un préstamo en las mejores condiciones financieras posibles. Según la descripción de hechos de la demanda, el primer contacto con la prestataria tuvo lugar el mismo día de la firma de la escritura de préstamo.

3 En la demanda se afirmaba que la necesidad financiera de los prestatarios se limitaba a la cantidad de 150.253 euros para adquirir una vivienda; pese a ello el préstamo se concertó por 355.000 euros, y el exceso fue destinado a satisfacer una serie de gastos "excesivos y en gran medida injustificados".

4 Se afirmaba también que los prestatarios, D. Leandro y Doña María Purificación, se vieron obligados a incluir en el préstamo, también en la condición de prestatarios a los padres del primero, que igualmente gravaron con el préstamo la vivienda de su propiedad. La demanda relataba la existencia de diversas cláusulas abusivas, y concluía con la siguiente súplica:

5 " *SUPLICO: Que teniendo por formulada demanda de juicio ordinario frente a la mercantil UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS -UCI, se admita y acuerde finalmente dictar sentencia en la que:*

1.-Como acción principal, se declare la abusividad de las siguientes cláusulas:

-La responsabilidad hipotecaria prevista en la cláusula octava de la escritura.

-La aplicación del IRPH de cajas de ahorros, prevista en la cláusula tercera-bis.

-Comisiones de modificación de condiciones contractuales, de subrogación y de apertura, previstas en la cláusula cuarta.

-Interés de demora del 18% previsto en la cláusula sexta.

-Vencimiento anticipado, previsto en la cláusula sexta.

-Gastos a cargo de la parte prestataria, previstos en la cláusula quinta".

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia.

6 La sentencia estimó parcialmente la demanda. Tras hacer resumen de las posiciones de las partes, de describir la legislación aplicable y de fijar como probado el carácter de consumidores de los demandantes, la sentencia desestima las pretensiones de nulidad de la determinación de la responsabilidad hipotecaria y de la intervención como prestatarios de los padres del Sr. Leandro. La sentencia aprecia falta de prueba de la posible existencia de dolo, y rechaza, - atendido el examen de la intervención de los prestatarios tanto en las fases anteriores a la celebración del contrato de préstamo, como en el acto mismo de la firma de la correspondiente escritura pública-, la posible concurrencia de error como vicio del consentimiento.

7 En el fundamento jurídico quinto la sentencia proclama el carácter de la cláusula tercera bis, que fijaba como índice de referencia el conocido como IRPH, como condición general de la contratación; la sentencia anticipa que la estipulación en cuestión presentaba una "*redacción farragosa, complicada, oscura y mecánica...*"; sigue una comparación entre la evolución del índice mencionado en relación con el comportamiento del EURIBOR, seguida de la afirmación de que aquél se impuso a los consumidores cuando su comportamiento alcista el banco debía conocer, y se concluye con el siguiente razonamiento: "*no se reprocha jurídicamente el uso del IRPH, plenamente legal, sino el modo de su introducción en el seno del contrato, su escasa información, la falta de toda pedagogía sobre su imposición, el planteamiento de la evolución pro futuro y su incidencia sobre los prestatarios...*"

8 El fundamento jurídico sexto razona la estimación del pedimento relativo a la nulidad de las comisiones que en favor del prestamista fijaba el contrato. El argumento que justifica la decisión resulta confuso, al hacer referencia a que se trata de "*comisiones adicionales que no han sido negociadas individualmente, con transparencia y claridad, que además se diluyen en el seno de la escritura, también en la oferta vinculante...*"; la



cláusula relativa al interés de demora se analiza en el fundamento séptimo, con abundante transcripción de doctrina jurisprudencial; el juez de instancia concluye que la cláusula es nula por desproporcionada.

9 La cláusula de vencimiento anticipado (sexta b) es también anulada con base en la invocación de doctrina jurisprudencial de esta sala de apelación. Y respecto de la cláusula que imponía el pago de diversos gastos a los prestatarios, la sentencia anula los relativos a los gastos arancelarios, notariales y registrales, los tributarios, los relativos a gastos de tramitación, los "judiciales y extrajudiciales", y los que imponían el pago de gastos derivados de comunicaciones; por el contrario, la sentencia no estima nulos los gastos de contratación de un seguro de daños asociado al préstamo, del pago de los gastos de tasación, y de conservación del inmueble.

10 Finalmente, la sentencia, también con cita de un pronunciamiento de este órgano provincial, rechaza la pretensión de restitución de cantidades procedentes del pago de los gastos declarados nulos, estimando tan solo la pretensión de restitución de la comisión de apertura, por importe de 7.100 euros.

TERCERO.- *Recurso de apelación formulado por la entidad prestataria.*

11 El recurso comienza ofreciendo un resumen del objeto del proceso. Seguidamente, la entidad recurrente cuestiona que la cláusula que determina el índice de referencia del tipo variable al IRPH tenga la naturaleza de condición general de la contratación, al haber sido objeto de negociación individual y por no haber sido impuesta a los prestatarios; alternativamente se propone la imposibilidad de control de contenido de dicha estipulación y la superación del control de transparencia.

12 En segundo lugar el recurso cuestiona la estimación de la nulidad de la cláusula que fija el interés remuneratorio. La argumentación reitera la tesis de que dicha cláusula no constituye una condición general, al haber sido individualmente negociada; en todo caso se reitera que la cláusula no causa desequilibrio y que el tipo de interés resulta proporcionado en atención a la legislación vigente en el momento de la celebración del contrato.

13 El expositivo tercero del recurso cuestiona la declaración de nulidad de la estipulación que determinaba las comisiones previstas en los apartados a), c) y d), -apertura, subrogación y modificación de condiciones contractuales-, que superan a juicio de la recurrente todos los requisitos de validez material, incorporación y transparencia.

14 Se cuestiona también la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, con la tesis de que una eventual nulidad debería ir seguida de un pronunciamiento que fijara sus consecuencias, en particular la aplicación supletoria del art. 693.2 de la ley procesal civil .

15 Y, finalmente, el expositivo quinto del recurso combate el pronunciamiento de nulidad de otros gastos, previstos en los apartados b), c), e), f) y g) de la cláusula 5ª, con argumentos similares al empleado para fundamentar la validez de las comisiones.

CUARTO.- *Valoración de la Sala.*

16 Las cuestiones planteadas en el recurso han sido, en su mayor parte, objeto de pronunciamiento por reiteradas sentencias de este órgano de apelación, en las que, a su vez, hemos hecho aplicación de la doctrina del TS y del TJUE. Elementales exigencias de certeza y seguridad jurídica obligan a responder de la misma forma, sobre la base de unos mismos hechos y ante argumentos muy similares a los que analizamos en aquellas otras ocasiones. En relación con la validez de la cláusula que fija como tipo de referencia el índice IRPH se ha dictado una reciente sentencia de Pleno por el TS, de la que se ha dado traslado a las partes a fin de que informaran sobre la aplicabilidad al caso de la doctrina establecida por el Alto Tribunal.

17 La resolución del recurso exigirá analizar por separado cada uno de los pronunciamientos relativos a las cláusulas impugnadas cuestionados por la recurrente. Con todo, nos parece necesario precisar, ante la confusión argumental que apreciamos en la sentencia, las diferentes técnicas de control de las cláusulas insertas en contratos con condiciones generales de contratación, celebrados con consumidores: el control de incorporación o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores, y ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato, y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales.

18 Todas las cláusulas objeto de impugnación son condiciones generales de la contratación. Como resulta conocido por la comunidad jurídica, -y así lo viene recogiendo de manera sistemática la jurisprudencia del TS en múltiples sentencias, que suelen partir de la cita de la de 9.5.13 -, el concepto de condición general se compone de tres requisitos esenciales:



- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. Aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- c) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse."

19 Puede considerarse desde la experiencia común, que las cláusulas como la enjuiciada, que fijan las condiciones de un préstamo entre el banco y un consumidor, vienen impuestas por el banco en la generalidad de las ocasiones, en el sentido de que el cliente no tiene una efectiva capacidad de negociación. No se trata tanto de si el cliente ha podido influir en el tipo de interés mínimo, en el importe de las comisiones, o en otras condiciones del préstamo, ni tampoco es relevante que haya podido comparar otras ofertas del mercado. El hecho de que estas cláusulas puedan afectar a un elemento esencial del contrato no priva a la estipulación de la consideración de condición general. La STS 166/2014, de 7 de abril aclara, en tal sentido que:

"[p]ara que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. Como explicamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril :La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo ...como resaltamos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo , y 265/2015, de 22 de abril , el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas".

20 La sentencia TS 669/17, de 14.12 (índice IRPH) indaga sobre el concepto de condición general de la contratación, precisando la hipótesis de la negociación individual. Se trata de una situación excepcional, normalmente incompatible con los contratos de consumo (con el propio proceso de la contratación) y, en particular, con los que se desarrollan en torno de la actividad bancaria entre la entidad y el consumidor, que no desaparece por el hecho de que se formulen una pluralidad de ofertas. Estas circunstancias excepcionales que harían que, en el caso, la cláusula en cuestión escapara del concepto de condición general por haber existido una negociación individual, -como las que tuvo en cuenta la STS 177/17, de 9.3 , están ausentes del litigio (cfr. SSTs 222/15 , 241/13 , 265/15 , entre otras). Ninguna prueba ha convencido de la existencia de una efectiva negociación individual, cuya acreditación incumbe al banco.

21 En consecuencia, todas las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, susceptibles de los sistemas de control a los que hemos hecho referencia en el apartado 17 de la presente resolución.

QUINTO.- La cláusula IRPH.

22 El control de la condición general que fija el índice de referencia al que se somete la evolución del interés variable del préstamo lo hemos abordado también en resoluciones anteriores. Consideramos que la reciente STS 669/2017 analiza las cuestiones que plantea el recurrente en una línea similar a la que hemos mantenido desde esta Sala (SSAP Pontevedra , 40/2016, 22.1 , 233/2017, de 18.5 , entre otras.)



23 El cumplimiento del denominado primer nivel de transparencia o control de incorporación, que se detiene en el análisis de la comprensibilidad real de la estipulación, lo consideramos superado. Basta la lectura de la estipulación 3 bis.2.A de la escritura de préstamo, para comprobar que la cláusula resultaba comprensible para cualquier persona de entendimiento medio: el primer año de la vigencia del préstamo el tipo de interés resultaba fijo, y el resto, como resulta perfectamente habitual en la contratación de préstamos hipotecarios sobre vivienda dirigidos a consumidores, se sometía a un tipo de interés remuneratorio variable, fijándose por la aplicación de un porcentaje sobre un índice de referencia: "A) a estos efectos se establece como tipo básico de referencia el tipo medio de las Cajas de Ahorro", publicado mensualmente en el BOE como referencia oficial. Dicha referencia aparece definida en el Anexo VIII, apartado 2, de la Circular 8/90 del Banco de España 5/1994, de 22 de julio (BOE del 3 de agosto de 1994".

24 El control de transparencia material exige analizar si, pese a resultar un texto claro y comprensible, se introdujo correctamente en el contrato o, por el contrario, se incluyó de forma sorpresiva, sin información suficiente sobre la relevancia de la cláusula para la economía del contrato. Consta que a los prestatarios les fue entregada la oferta vinculante, que obra a los folios 161 y ss. Hemos dicho en otras ocasiones que ello, por sí mismo, no permite entender superado el doble control de transparencia, como tampoco el hecho de la formalización notarial del préstamo, requisito de carácter constitutivo en nuestra legislación. Ambos elementos, -información vinculante e intervención del fedatario-, se orientan a garantizar la correcta incorporación de las cláusulas al contrato y, además, el segundo, a reforzar la información al contratante en el momento de celebración del negocio jurídico, pero ni acreditan por sí solos que el consumidor dispuso de información suficiente para interiorizar las consecuencias de suscribir una cláusula semejante, ni por sí solas garantizan que el consumidor prestatario dispuso de esa información de manera previa y con la antelación suficiente para hacer una valoración correcta de su significado.

25 En palabras de la STS 8.9.2014, el control de transparencia es un control de legalidad que exige analizar si la cláusula contractual predisposta informa suficientemente de las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato.

26 La lectura del documento y la propia práctica negocial, como hemos apuntado, permite afirmar que el consumidor conocía que el préstamo establecía un interés remuneratorio variable. Ello exige la determinación de un índice de referencia, que puede ser el EURIBOR, pero que también puede elegirse cualquiera de los tipos permitidos en la legislación sectorial, entre ellos el conocido como IRPH. El control de transparencia no exige comprobar si el índice objetivamente es válido para referenciar tipos de interés variable. El control de validez material del índice ya ha sido efectuado, -o en todo caso corresponde hacerlo-, por la normativa sectorial según se de la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, al incluir el índice en su art. 27, superando el control de los elementos que hace referencia el artículo anterior (también el art. 6.2 de la OM 5.5.1994), entre ellos el de no ser manipulable por las entidades en virtud de prácticas paralelas (la exigencia de su publicación oficial ha sido dejada sin efecto por la Disposición Adicional 15, a) de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

27 También entendemos que en la práctica comercial la determinación del índice de referencia, elemento esencial del contrato, condiciona también el porcentaje de variación, en función del comportamiento previsible del índice en cuestión. El consumidor podrá aceptar uno u otro de los que comprenden la oferta de las diferentes entidades, sin que exista obligación por parte del banco de referenciar sus préstamos exclusivamente al EURIBOR, o de explicar cómo se obtienen y se comportan tales índices (lo que exige, en el primer caso, de conocimientos especializados, y, en relación a su variación, un juicio de previsibilidad normalmente inalcanzable, como las circunstancias han demostrado) como parece sostener el recurrente. Tampoco resulta admisible el argumento sobre el comportamiento desemejante de los índices en el tiempo, lo que es consustancial a su propia definición. En realidad lo que propone el recurrente es el análisis de la cuestión desde la perspectiva del error-vicio, sobre si al contratar bajo tal índice, el consumidor desconocía su evolución previsible, pero su operatividad implica un elemento consustancial de aleatoriedad que es precisamente lo que justifica, al alza o a la baja, la variabilidad del interés como opción frente al interés fijo, lo que excluye el vicio del consentimiento.

28 El índice variable no podía escapar al conocimiento del prestatario, que eligió entre las ofertas de préstamo variable un determinada, compuesta del índice y del porcentaje de aumento. Por ello, como afirmamos en nuestra sentencia de 3.6.2015 :

29 "...[p]iénsese que el interés variable que singulariza la operación y que constituye la retribución de la entidad de crédito se fija en función de un tipo de referencia al que se añade un margen porcentual, por lo que la primera pregunta que se hace cualquier cliente es cual es ése tipo de referencia y cual el margen diferencial que se suma, al objeto de valorar el coste del préstamo. No cabe hablar aquí de falta de transparencia, sino, en su caso,



de imposición por parte de la entidad bancaria al socaire de las dificultades económicas de los demandantes, en parte derivadas de la suscripción del contrato de permuta financiera, pero imposición conocida y aceptada, lo que nos coloca en un ámbito distinto del marco de transparencia. Por otro lado, ni existe prueba alguna de que el tipo de referencia analizado sea fácilmente manipulable, como aseveran los demandantes (antes al contrario, sigue utilizándose como índice oficial y, sin perjuicio de que no pueda descartarse la idea de influir en su cuantificación, como ha ocurrido respecto de otros índices en países de la propia Unión Europea, no se ha probado que eso ocurra en el caso enjuiciado o respecto de la entidad demandada), ni el mero hecho de que dicho tipo de referencia sea más elevado que el Euribor sea por sí solo un motivo para apreciar la eventual naturaleza abusiva de la cláusula. Los demandantes podían haber optado por acudir a otra entidad en busca de un interés distinto o inferior, pero no lo hicieron por las razones que consideraron oportunas, por lo que no pueden ahora pretender desvincularse de los acuerdos alcanzados."

30 En consecuencia, consideramos que la estipulación que determina el tipo de interés variable supera el control de transparencia, al aparecer suficientemente destacado, sin capacidad para sorprender la buena fe de la parte prestataria, que forzosamente debió tener conocimiento de su existencia. Insistimos en que los argumentos de la sentencia del TS 669/2017 confirman esta interpretación. En consecuencia, procede estimar el motivo y declarar la validez de la cláusula en cuestión.

SEXTO.- Cláusula de vencimiento anticipado.

31 De la misma manera, dicha estipulación, en lo que se refiere a la atribución al banco de la facultad de resolver ante cualquier incumplimiento, -estipulación 6ª b-, la hemos considerado nula por abusiva en múltiples resoluciones, con la consecuencia de su expulsión del contrato:

"... siguiendo el criterio marcado por la STS de 23.12.2015, reproducido en la de 18.2.2016, y que igualmente confirma la STJUE Aziz, de 14.3.13 y la sentencia Banco Primus, de 26.1.17. Las conclusiones del TS son las siguientes sobre una estipulación idéntica a la transcrita:

"[s]obre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves."

32 En un proceso declarativo, la consecuencia de la expulsión de la cláusula es su expulsión del contrato, sin posibilidad de integración o de modulación. En relación con las consecuencias de tal nulidad en el caso de las ejecuciones hipotecarias, esta Sala de apelación viene optando por el criterio de entender que la ejecución se ha despachado sobre la base de un título no válido, deficientemente formado, con el efecto de su sobreseimiento. En el caso, basta con el pronunciamiento declarativo, sin que haya lugar a establecer consecuencias diferentes, y menos su integración, como propone el apelante, con una previsión legal.

SÉPTIMO.- Cláusula de interés moratorio.

33 Consideramos que la sentencia de instancia resuelve adecuadamente la cuestión, en aplicación de la jurisprudencia del TS y de este mismo órgano. Los argumentos del recurrente sobre una supuesta dilación en el ejercicio de la acción de nulidad o sobre el carácter no abusivo de la estipulación nos parece que contradicen frontalmente dicha doctrina. El resto de argumentos se refieren a la presunta negociación individual de la estipulación, lo que ya hemos desestimado en los razonamientos anteriores.

34 Respecto de la queja sobre la falta de desequilibrio, la sentencia del pleno de la sala primera del TS, 364/2016, de 3 de junio da respuesta a la argumentación del recurrente, en línea con lo que esta sala de apelación viene declarando al resolver supuestos similares. En el caso de la sentencia mencionada se enjuiciaba una cláusula que fijaba un interés moratorio anual nominal del 19%, en el actual el tipo de interés es prácticamente idéntico, un punto inferior. Reiterando lo razonado en la STS 265/2015, de 22 de abril, hemos considerado que el control de contenido obliga a declarar abusiva una estipulación que fija un interés de demora desproporcionadamente elevado. Se desestima el motivo.

OCTAVO.- Cláusula de gastos.

35 Las cláusulas que imponen al prestatario gastos derivados de la operación de préstamo no constituyen un elemento esencial del contrato y, por ello, son susceptibles de control de contenido.



36 En relación con la cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos derivados de impuestos, inscripción e intervención notarial o gastos pre-procesales, ha sido también resuelta en jurisprudencia constante de esta sala (SSTS 14.5.14 , 4.6.15 , o 9.3.17 , sin ánimo exhaustivo).

37 En relación con la imposición generalizada y en todos los casos al prestatario consumidor de los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca y de su inscripción, necesarios para la constitución de la garantía, hemos considerado que de acuerdo con la normativa sectorial la responsabilidad del pago se atribuye 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. En la generalidad de los casos quien gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, aunque pueda entenderse que también el prestatario puede ser considerado como beneficiario del gravamen o a favor de la que se inscribe el mismo, en la medida en que sin él no obtendría el crédito. Pero en todo caso, nuestra conclusión anterior ha sido que resulta exigible desde un punto de vista abstracto la reciprocidad en el gasto, pues ambas partes se benefician de la intervención notarial o registral, al menos desde una aproximación inicial frente a la norma contractual inserta en una escritura de préstamo hipotecario con cláusulas predisuestas. Por ello, una estipulación como la transcrita, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, al hacer recaer su totalidad sobre el prestatario, es susceptible de generar el desequilibrio importante de que hablan las normas de protección del consumidor frente a estipulaciones predisuestas. Y esta posibilidad es suficiente para declarar la nulidad de la estipulación.

38 Desde esta consideración entendemos que por su generalidad constituye 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. De esta afirmación excluimos, por las razones que expresa el recurso, la imposición de los gastos de tasación de la finca y los de conservación del inmueble

39 Las mismas consideraciones cabe realizar con relación a la estipulación 5ª, c), respecto del pago de todos los tributos; así, hemos razonado en el sentido de que atribuir de forma general, en todo caso, al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase, es susceptible de vulnerar la normativa sectorial constituida por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Consideramos que con carácter general, -al menos con la generalidad con la que se expresaban cláusulas idénticas, como las consideradas en aquellos litigios-, la entidad financiera no debía quedar al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados podría ser considerada, según los casos, sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. Consideramos además que se está ante normas que en relación a la distribución del pago del impuesto de actos jurídicos, tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que en perjuicio del consumidor las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y sobre ello, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU determina como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, por lo que la cláusula, en su generalidad, ha sido correctamente declarada nula. Otra cosa será la atribución del gasto en cada caso concreto, cuestión que a la jurisdicción civil en relación con la obligación tributaria no compete determinar. Entendemos que estos criterios han sido confirmados por recientes pronunciamientos del TS (cfr. STS 23.12.15).

40 En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista (estipulación 5ª c), hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC , para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley , para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición



a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

NOVENO.- Cláusulas relativas a comisiones.

41 En los contratos de adhesión la regla contractual debe respetar el equilibrio (equilibrio jurídico, no meramente económico) de derechos y de obligaciones. Existen normas legales en determinados sectores que específicamente determinan la pauta para este control. Así sucede respecto de las comisiones bancarias en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo art. 3.1 establece que "sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos"; a continuación, la norma establece determinados requisitos de información, como lo hace también la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Comisión de apertura

42 En el caso, el banco no razona qué concretos servicios ha prestado al cliente para cobrar la concreta comisión de apertura objeto de enjuiciamiento, que importaba una relevante suma. El alcance de su justificación lo adjetivamos como absolutamente genérico, sin más justificación que la referencia general a la normativa bancaria. Para la validez de esta comisión venimos entendiendo que debía justificarse más intensamente el porqué del gasto, con expresa referencia a las actuaciones necesarias, diferentes de la mera concertación del préstamo o de la investigación normal de la solvencia del cliente, propias de todas las operaciones bancarias de activo.

Comisión de subrogación de posiciones deudoras y comisión por modificación de condiciones contractuales

43 Por el contrario, respecto de ambas comisiones entendemos que cumplen los requisitos de la normativa especial. Ambas se refieren a circunstancias futuras, ajenas a las obligaciones esenciales del contrato, que dependen de un acto de voluntad del prestatario, de su propia iniciativa, por lo que no presentan un efecto automático, ni condicionado a la suscripción del préstamo. Consideramos también que responden a servicios que habrá de prestar el banco, que vendrá obligado, caso de aceptar las propuestas del prestatario, a una nueva actividad de investigación de riesgos, así como a asumir otros gastos, lo que justifica que, en abstracto, no pueda afirmarse que dichas comisiones resulten contrarias al equilibrio prestacional. Se estima el motivo.

44 La estimación parcial del recurso determina la no imposición de costas en la alzada.

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

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador D^a MARIA ROSA MARQUINA TESOIRO, en nombre y representación de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS SA, contra la sentencia dictada en fecha 8 de junio de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Cangas de Morrazo, resolución que revocamos en los siguientes aspectos: a) dejamos sin efecto el pronunciamiento anulatorio de la cláusula tercera bis, respecto de la determinación del índice del interés variable, que declaramos conforme a derecho; b) dejamos sin efecto la declaración de nulidad de la cláusula cuarta a), en lo que se refiere a las comisiones de subrogación de posiciones deudoras y por modificación de condiciones contractuales, que declaramos conforme a derecho. Confirmamos el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. No se efectúa pronunciamiento en costas en la alzada. Procédase a la restitución del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes haciéndoles saber que no es susceptible de recurso ordinario, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recursos extraordinarios de casación o por infracción procesal, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente al de su notificación. Todo ello previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.