

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 5 BIS DE ALICANTE

N.I.G.:03014-42-1-2019-0000571

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000308/2019-RA

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. COSTA ANDREU, JULIO

Contra: D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a Sr/a. DONDERIS DE SALAZAR, GEMMA

SENTENCIA N° 002466/2020

JUEZ QUE LA DICTA: D/D^a MÓNICA GARCÍA VILA

Lugar: ALICANTE

Fecha: nueve de septiembre de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador: COSTA ANDREU, JULIO

PARTE DEMANDADA BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Abogado:

Procurador: [REDACTED]

Doña Mónica García Vila, Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, habiendo visto los precedentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 308/19a instancia de **DON** [REDACTED] contra la mercantil **BBVA** compareciendo ambas partes representadas por Procurador y defendidas por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil demandada, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, suplicó al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a dicha parte.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada al objeto de que compareciera en autos y contestara a la demanda, se personó en tiempo y forma y contestó a la demanda,

oponiéndose a la pretensión ejercitada con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

TERCERO.-Convocadas ambas partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propusieron como medios de prueba los que estimaron oportunos para la acreditación de los hechos alegados. Habiéndose admitido tan sólo la documental, quedaron los autos conclusos para sentencia. Las partes solicitaron el dictado directo de sentencia sin necesidad de celebración de audiencia previa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES PREVIAS

En el presente procedimiento la parte actora solicita del préstamo hipotecario de fecha 28 de noviembre de 2005, se declare la nulidad de la cláusula de gastos, así como la restitución de las cantidades, la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y restitución de 1.054,78 euros, la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras. Respecto a los gastos se reclama: 580,66 euros de notaría, 159,24 euros de registro, 278,40 euros de gestoría y 2.726,20 euros de IAJD.

La cuantía del procedimiento se establece en **4.799,48 euros**, que es la suma de todos los conceptos reclamados por la parte actora.

La parte demandada se allana a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios y a la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios y a la restitución del 50% de gastos de notaría y gestoría y al 100% de gastos de registro.

SEGUNDO.-.-CLAUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

No discutida la condición de consumidor de la parte actora, la cláusula citada del contrato de hipoteca es una condición general de la contratación ya que el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la

Contratación dispone " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

En desarrollo de este precepto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sintetiza los requisitos que deben de contener las cláusulas para que las mismas puedan ser consideradas como condiciones generales de la contratación. Estos requisitos son los siguientes:

1) Contractualidad: son " Cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

2) Predisposición: la cláusula ha de estar pre redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, ya que su principal característica es no ser fruto del consenso entre las partes después de una fase de tratos previos.

3) Imposición: La incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o el servicio sobre el que versa el contrato nada más se puede obtener mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

4) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que se van a realizar.

En sentido contrario, para que una cláusula incorporada al contrato sea considerada como resulta irrelevante, la autoría material. La apariencia externa, su extensión y cualquier otra circunstancia y que el adherente sea un profesional o un consumidor. En cuanto a los contratos de hipoteca, el alto tribunal, en las STS 4 de noviembre de 2010 y del 29 de diciembre del 2010 ha reconocido el carácter de condición general de la contratación a las estipulaciones incorporadas a la escritura de un préstamo hipotecaria suscritas por las entidades financieras. De la misma forma la STS de 9 de mayo del 2013 , entiende que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe de renunciar a contratar. En el caso en autos objeto, la cláusula citada del contrato de préstamo hipotecario es una condición general de la contratación.

Para determinar a quién le corresponde la prueba de la negociación y de la transparencia hay que acudir de las reglas generales sobre la distribución de la carga de las pruebas enumeradas en el art 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regla especial para el ámbito de los consumidores y usuarios en el artículo 82.2 TRLDCYU que establece que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato". Estos preceptos son objeto de desarrollo por la STS del 9 de mayo del 2013:

1. La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe de calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o contenido, de tal forma que se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o deben de renunciar a contratar.

2. No puede equipararse la negociación con 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.

3. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de la cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teóricas, de escoger entre las diferentes ofertas de distintos empresarios.

4. La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrario dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

NULIDAD DE CLAUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

La nulidad por abusiva de la cláusula de imputación indiscriminada de gastos al consumidor prestatario ya ha sido determinada por el Tribunal Supremo y por la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante, entre otras, en Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018: "Este Tribunal, en sentencia de 15 de diciembre de 2015, ya razonó, con relación a dicho tipo de cláusula, que "...la clave de la nulidad (...), desde esta perspectiva del carácter abusivo, es la amalgama, sin distinción, y sin orden ni concierto, que contiene la cláusula: un auténtico amasijo de gastos, de muy variada naturaleza (tributarios o fiscales, registrales, notariales, seguros, de correo...), que se imputan a la parte deudora o prestataria, prescindiendo de la concreta normativa que así lo pudiera establecer; incluso, en la mayor parte de los casos, se trata de gastos futuros, inciertos, definidos en términos absolutamente generales. El carácter abusivo deviene, por tanto, de la absoluta indefinición, de la ausencia de

distinción entre gastos y tributos que puedan incumbir a una u otra parte, permitiendo (o intentándolo apriorísticamente) la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa, al consumidor. Desde luego, y sin necesidad de cláusula alguna, producido que sea alguno de los gastos previstos en aquélla, habrán de corresponder a quien la disposición legal concreta de aplicación establezca. Subyace en la cláusula una intención de imputar al deudor cualquier gasto que pueda tener relación con el contrato, o con su devenir. Y no nos parece dable imputarlos, de esa forma tan genérica y arbitraria, al consumidor, abstracción hecha de las circunstancias fácticas y legales que ocasionen el gasto, pues ello podría permitir a la entidad bancaria, en ejecución de la cláusula, cargarlos en la cuenta del cliente, incluso cuando dichos gastos pudieran ser por cuenta de la misma".

Ese criterio fue confirmado, pocos días después, por la sentencia del Tribunal Supremo n.º 705/2015, de 23 de diciembre, que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del procedimiento, se incluyó una cláusula que imputaba al prestatario la totalidad (no un porcentaje) de los gastos ocasionados por el otorgamiento de la misma y por la inscripción de dicho título en el Registro de la Propiedad. En cumplimiento de dicha estipulación, aquél los abonó íntegramente, según ha acreditado. El art. 89 del TRLGDCU, en su número tercero, indica que, "En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario".

La Audiencia Provincial de Alicante tiene criterio formado sobre la cuestión, reiterado en multitud de resoluciones, en el sentido de que "No nos encontramos ante una cláusula que prevea una distribución, entre las partes, del gasto producido por la intervención notarial y registral (la Resolución DGRN citada recuerda que "...en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor -en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral"), sino de una estipulación que, sin

motivo, lo impone en su totalidad al prestatario, de modo que (en palabras del Supremo) "...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). Por tanto, no es aceptable pretender que, en el presente procedimiento, el Tribunal acuerde lo que las partes no pactaron (la distribución equitativa o proporcional del gasto). Del tenor literal de la cláusula en cuestión se deduce, sin dificultad alguna, que mediante la misma se atribuye al prestatario la totalidad, sin excepción, de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca lleva consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y de la constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esta misma. En efecto, la generalización de la cláusula es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que pudieran devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca amén de cualquier otro coste, incluso procesal, en caso de que el Banco accionara contra el prestatario por incumplimiento de su obligación de devolución del préstamo. Y ello sin efectuar discernimiento alguno de lo que, conforme a la ley, correspondería a la entidad prestamista hacer frente, como interesada que está en la operación, en concreto, en que la misma se garantice mediante una hipoteca. Es así que el carácter omnicomprendido de la cláusula (la entidad bancaria no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario) impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad. En resumen, sin dificultad alguna de valoración conforme a los criterios de equilibrio de derechos y obligaciones, la cláusula que nos ocupa no resiste este primer análisis. Como se ha dicho, debe hacerse abstracción de la mayor o menor trascendencia económica de la aplicación de la cláusula. Lo relevante es que, por la omnicomprendividad en la atribución de todo tipo de gasto pensable, previo, presente y futuro, al prestatario, se genera un evidente desequilibrio que debe conducir a la nulidad de la cláusula.

En reciente **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019**, el Tribunal Supremo ha determinado que la cláusula que impone el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario es **“abusiva en su totalidad**, en cuanto que, como dijimos en la sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad. Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016: «34. [...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento

de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía”.

De este modo, y aplicando la referida jurisprudencia al caso concreto en litigio, no hay duda de que la cláusula de gastos que contiene la hipoteca suscrita es nula, en tanto no distingue entre los gastos que genera el otorgamiento de la hipoteca los que debe abonar el hipotecante y la entidad prestamista, sino que impone de una forma indiscriminada al prestatario la totalidad de los gastos, expresando como tales los de tasación del inmueble, otorgamiento de la escritura, gestión ante el Registro de la Propiedad y pago de tributos. Procede en consecuencia declarar la nulidad de la cláusula.

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD-DISTRIBUCIÓN GASTOS

Como señala **Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019**, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sin que ello afecte a la nulidad de la cláusula.

1.- Gastos notariales: En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel. En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las

normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad.

El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, **es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento**. Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

2.- Gastos de registro de la propiedad: 1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c). A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. 2.- Desde este punto de vista, **la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario**. 3.- En cuanto a la inscripción de la

escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

3.- Gastos de gestoría: 1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. 2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto **deberá ser sufragado por mitad.**

4.- Impuesto de Actos Jurídicos Documentados: Conforme las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, del Tribunal Supremo: IAJD: En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: »a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo **del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados** es el **prestatario.**»b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. »c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Reparto confirmado por STS de 24 de julio de 2020.

TERCERO.- COMISIÓN DE APERTURA



Conforme a lo dispuesto en la SAP de Alicante de 26 de septiembre de 2018La normativa básica sobre las comisiones bancarias está recogida en la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancario -BOE de 29 de octubre de 2011-. De esta norma, que ha sido desarrollada en lo relativo a la transparencia bancaria a través de la Circular 5/2012, del Banco de España de 27 de junio, relativa a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos y que se completa con la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE de 18 de junio de 2010) que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de servicios de pago, cabe deducir, de modo congruente con el sistema contractual ordinario, que son dos los requisitos para que una comisión pueda ser exigida, a saber, en primer lugar que exista un pacto entre las partes que justifique el cobro de la comisión de devolución por parte de la entidad y que supone que la cláusula que establezca la citada comisión determine de una forma explícita y clara, el concepto y la cuantía concreta de la misma y, en segundo lugar, que la comisión de devolución corresponda verdaderamente a la prestación de un servicio por la entidad que constituya el objeto retribuido por la comisión.

Sobre ello se pronunció el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009, documento en el que se hacen diversas reflexiones sobre el alcance de dichas obligaciones transparencia exigible en los contratos bancarias y la buena fe que ha de presidir las relaciones con los clientes. En concreto, por lo que a nosotros nos interesa, afirma lo siguiente: "Las entidades pueden pactar libremente comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que se hayan incurrido por prestar sus servicios, pero, desde el punto de vista de la transparencia que debe presidir las relaciones entidad-cliente, les es exigible: -que informen debidamente del coste de los servicios que ofrecen y de los gastos que los mismos llevan aparejados procurando, en este caso, que aun tratándose de estimaciones, las previsiones sean ajustadas a la realidad.-(...). Además, en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, esos costes deberán estar recogidos, de forma explícita y clara, en el contrato, figurando al menos su concepto en el caso de los gastos cuantía no pueda determinarse en el momento de la firma. No se admiten remisiones genéricas a tarifas.-(...)- Que cuenten con el consentimiento al cobro de dichas comisiones o a la repercusión de los gastos que general los servicios."

En este contexto el art. 5 apartado 1 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, afirma que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos", refiriéndose en particular el citado precepto a la comisión de apertura. En concreto dice la norma en cuanto a los presupuestos que deben regir la fijación de las comisiones que "en las tarifas de comisiones o compensaciones y gastos repercutibles, incluidas las actividades de asesoramiento, se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables", añadiendo que "Las comisiones o compensaciones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme y de forma expresa por el consumidor".

Y se refiere además de forma expresa a la comisión de apertura, estableciendo en el artículo 5.2.b) lo siguiente: "En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito", estableciéndose en el apartado 5 del citado precepto que los precios, tarifas y gastos repercutibles se deben plasmar en un folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes, recogiendo en el apartado 1 del artículo 13 la obligación de la entrega del folleto, con la previsión en el apartado 2 que "el mismo (el folleto) indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor". Pues bien, lo que cabe deducir de lo antedicho es que no hay libertad absoluta ni de establecimiento de comisiones, ni desde luego goza la entidad crediticia de una posición privilegiada en el sentido de imponer sine conditio, la aplicación de la comisión de que se trate".

Partiendo de lo expuesto, lo que constatamos en el caso que nos ocupa es que en absoluto está acreditada la razón justificativa de la comisión de apertura pues si se aceptara como justificación del servicio prestado el "estudio de documentación sobre solvencia, y otros trámites hasta la firma de la escritura", en tanto se trata no de servicios directos al cliente, siendo parte de la actividad interna, es decir, gasto de la

infraestructura, material y funcional propia de la entidad, que es connatural a su propio negocio e incluso existencia y que no suponen sobrecoste alguno para la entidad, se eliminaría de facto la exigencia de que la comisión debe responder a un servicio efectivamente prestado ya que éste no puede estar constituido por la propia existencia de la entidad sino algo de distinta índole, es decir, por una prestación individualizada para con el cliente que justifique la comisión. Baste advertir para comprender el argumento que si fuera parte de la comisión de apertura el análisis de riesgo o solvencia del cliente, debería cobrarlo el banco, concediese o no el préstamo, siendo así que resulta evidente que caso de no concesión, ninguna comisión cobra la entidad por este concepto. En efecto, no hay duda que en toda operación bancaria con clientes la entidad financiera individualiza y personaliza una concreta operación. Pero hay en tales operaciones un contenido que es inherente a la propia actividad financiera y comercial de la entidad. Es por ello que si la comisión de apertura se dirige a repercutir al cliente estos costes inherentes a la explotación del negocio financiero, se quiebra la prestación del servicio personalizado que trata de retribuir la comisión de apertura, transformándola en un instrumento de imputación directa de los costes generales de la entidad en todo el conjunto de su actividad, sea cual sea, al cliente cuando, en absoluto, representa un servicio prestado al mismo.

De hecho, que los costes inherentes a la explotación del negocio financiero deben ser excluidos de la comisión de apertura en tanto no se corresponden a servicios prestados al consumidor como es, por ejemplo, el examen de solvencia, se desprende del hecho de que este examen es impuesto legalmente a la entidad de crédito - art 29 Ley 2/2011, de 4 de marzo- o de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial -pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico-, que en su artículo 18 contempla como obligación del prestamista la realización de la evaluación de solvencia del consumidor. No se trata, por tanto, de un caso de nulidad per se sino de nulidad funcional basada tanto en la falta de información como en el objeto posible de la comisión, pronunciamiento que requiere del examen sobre si las cantidades cobradas en cada caso responden o no a servicios efectivamente prestados.

Por tanto, en aquellos casos en que las comisión de apertura supongan el cobro de cantidades sin correspondencia a servicios realmente prestados y se haya cumplido por la entidad prestamista con el deber de entrega al consumidor el folleto previo que exige el artículo 5 de

la Ley 2/2009 de 31 de marzo, ausente otra prueba efectiva de transparencia material, habrá de reputarse la comisión de apertura nula; solo si la entidad financiera acredita por un lado la entrega del folleto o la efectiva información sobre el alcance de la misma, y por otro, los gastos reales y efectivos en que ha incurrido y que se repercuten por esa comisión de estudio y apertura, distintos a los que constituyan deberes u obligaciones derivadas de la propia naturaleza del negocio financiero o impuestas por ley a la entidad prestamista (como por ejemplo, servicios individualizados de asesoramiento -art 3.21 y 22.2 Directiva ut supra- o costes de apertura y mantenimiento de la cuenta caso que esté supeditada la obtención del crédito a la apertura o mantenimiento de una cuenta, de utilización de un medio de pago para transacciones y operaciones de disposición del crédito y demás costes de operaciones de pago, que dice el art. 17.2 Directiva ut supra, son gastos que se incluyen en el coste total del crédito para el consumidor) no procederá declarar la nulidad de dicha cláusula, y por tanto tampoco existirá obligación de la entidad financiera de proceder a devolver su importe al cliente. De conformidad con lo señalado la conclusión que alcanzamos es que debemos ratificar la nulidad de la cláusula pues partiendo de que la prueba de que se ha informado al cliente -en su caso, con entrega del correspondiente folleto informativo- así como que las cantidades cobradas por comisión de estudio y apertura se corresponden a gestiones y servicios reales y efectivos, debe ponerse a cargo de la entidad prestamista - artículo 217-7 LEC, en el caso en absoluto se han probado aquellos aspectos, no siendo suficiente desde luego con la vacua referencia a la prestación de servicios que en el caso comprende desde los genéricos a los obligatorios para la entidad (estudio de solvencia) a algunos que son objeto de otra retribución diferenciada (otorgamiento escritura).

Todo ello conforme con STJUE de 16 de julio de 2020.

CUARTO.- INTERESES MORATORIOS

El interés de demora, se establece como una **cláusula penal** que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art 114.3 de la Ley hipotecaria en su nueva



redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero. En concreto, establece que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero. No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015, declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única. También el artículo 1108 CC ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar. A este respecto, la STJUE de 14 de marzo de 2013 se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5

veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art. 576 LEC (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del artículo 82 del TRLGCU, y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquéllas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»

Conforme a la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 28 de marzo de 2019**: "la Sentencia del Pleno de la sala Civil del Tribunal Supremo, de 22 de abril del 2015, fijó como doctrina jurisprudencial que"...en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado". Esta Audiencia Provincial de Alicante adoptó, en fecha 3 de julio del 2015, el criterio unificado de seguir la citada doctrina jurisprudencial, en los contratos de préstamo personal.

En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de julio del 2016, se adoptó la decisión, por motivos de conveniencia por seguridad jurídica, de establecer el mismo criterio para considerar el carácter abusivo de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios.

Planteada cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto 2018, ha concluido que:

i) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

ii) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

En aplicación de esta resolución, la sentencia núm. 671/2018 de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2018, ha ratificado el criterio de que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, para no resultar abusivo, debe consistir en un porcentaje adicional que no exceda de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si fuera superior, la cláusula que lo establece es abusiva, pues supone una indemnización desproporcionadamente alta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor artículo 85.6 Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y artículo 3 y anexo 1.e de la Directiva 93/13.

QUINTO.- VENCIMIENTO ANTICIPADO

En cuanto a la validez o posible nulidad de dicha cláusula, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 14 de marzo de 2013 aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: "*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 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"(Aptdo. 73). Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE de 8 de julio de 2015 que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013 de 14 de mayo que modifica el artículo 693 de la LEC exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria. Asimismo, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 señala que *una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*. En las Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

La sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 estableció, -en lo que ahora interesa, los siguientes criterios: «4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la

normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración. »6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de 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 tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas 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»7. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el 693.2 de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE señalados, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013.

Pues bien, en el presente supuesto, se contempla un amplio catálogo de causas que permiten a la entidad financiera resolver anticipadamente el préstamo hipotecario. Así, se establece la posibilidad de vencimiento anticipado en caso de que el prestatario incumpla cualquier tipo de obligación prevista en la escritura, -sin necesidad de valorar si ese incumplimiento es esencial o no-, o la falta de pago de una sola cuota de amortización, o el impago de un solo recibo de contribución, o la no inscripción de la escritura hipotecaria en el Registro de la Propiedad. Contempla por tanto, una sanción muy alta -resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario-, ante cualquier



incumplimiento del prestatario sin que exista un grado de proporcionalidad entre dicha facultad y este incumplimiento, provocando así un desequilibrio grave entre los derechos de las partes. Por otro lado, el desequilibrio de dicha cláusula también se contempla desde la perspectiva de la subsidiariedad, en el sentido de que no se contempla una opción que sea menos gravosa y proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial ni gravoso por parte del prestatario, sino que únicamente se contempla la resolución anticipada en cualquier caso.

Es por ello, que dichas cláusulas que contemplan el vencimiento anticipado deben reputarse nulas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del TRLGCU que establece que, son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. Así, las consecuencias de su declaración de nulidad y consiguiente abusividad, deberán ser la total expulsión de dichas cláusulas del préstamo hipotecario a pesar de que no hayan sido ejecutadas todavía por parte de la entidad financiera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del TRLCU y otras leyes complementarias, a tenor del cual "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

En este mismo sentido se pronuncia también la STJUE de 21 de diciembre de 2016 con respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, pues señala que, los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. El art. 6 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efecto frente al consumidor. Por consiguiente, *la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.* Por otro lado, resulta indiferente que aún no se haya hecho uso de dicha facultad por parte de la entidad demandada para poder proceder a declarar su posible abusividad, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Efectivamente, en su Auto de 11 de Junio de 2015 al señalar que "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 3 de la Directiva-, de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Cabe destacar **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 15 de marzo de 2019;** "el vencimiento anticipado constituye una cuestión polémica y compleja, en la que existen posiciones diversas generadoras de controversia. No obstante, la jurisprudencia nacional y europea arroja cierta luz al indicar los parámetros que debe valorar el Juez nacional a la hora de decidir sobre la abusividad de la cláusula.

En este sentido, merece la pena resaltar por su importancia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013: 164, cuyo fundamento 73 afirmaba que "en particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

Este criterio ha venido reiterándose desde entonces, y ha provocado importantes consecuencias en nuestro Derecho interno. Así, la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se incorporó a nuestro Ordenamiento Jurídico mediante la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que modificó el contenido del artículo 693 LEC. La nueva redacción establece mayor proporcionalidad al fijar límites cuantitativos y temporales, a fin de evitar que por incumplimientos nimios del obligado puedan producirse consecuencias de extrema gravedad, en perjuicio del deudor.

Esta materia también ha sido abordada por el Tribunal Supremo. En particular, la Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre admite el reconocimiento del vencimiento anticipado en nuestro marco legal, pues "el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor (<pierde" el derecho a utilizar el plazo; y



el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras)". No obstante, a pesar de su eventual validez, incorpora los parámetros acogidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que en el análisis de una condición semejante a la que es objeto de enjuiciamiento llega a la conclusión de que "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. 6E3.3, 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 en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia".

En el supuesto que nos ocupa, la cláusula permite a la entidad de crédito dar por vencida la obligación la falta de pago en sus vencimientos de cualquier parte del capital del préstamo o sus intereses; y ello aunque la estipulación pretenda dar apariencia de validez mediante la ulterior remisión a la legislación. La redacción de la cláusula revela la falta de proporcionalidad, pues no atiende a parámetros temporales ni cuantitativos graves. Debe ponerse de relieve que la cuantía del

préstamo hipotecario con su prolongado periodo de amortización que evidencian la falta de proporcionalidad. En consecuencia, dar por vencido el contrato ante el incumplimiento de una sola cuota, incluso parcial o de algún mero retraso, resultaría totalmente desproporcionado y perjudicial para los adherentes.

Para mayor abundamiento, la condición no contempla formas de subsanar un comportamiento negligente de los deudores, ni atiende a reparaciones rápidas y diligentes tendentes a reparar la situación; extremos que conllevarían a la restauración de condiciones iniciales y cumplimiento de obligaciones de los consumidores. Todo ello, coloca al demandante en una situación de absoluta inferioridad con respecto de la entidad de crédito, con drásticos y severos perjuicios para el primero.

Por los motivos aducidos, y ante la carencia de criterios que modulen la gravedad del incumplimiento de los prestatarios, la cláusula impugnada debe tacharse de abusiva, con su consiguiente nulidad y eliminación del contrato. Dado que afecta a un elemento esencial del contrato, para valorar sus efectos se atenderá al criterio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, a cuyo tenor "la conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1238 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor".

Por todo lo expuesto, procede la total expulsión de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo suscrito entre las partes, subsistiendo el contrato sin inclusión de dicha cláusula abusiva. Destacar también el reciente Auto del Tribunal de la Unión Europea de fecha 3 de julio de 2019.

SEXTO.- COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS

Siguiendo lo dispuesto en Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (6 de abril de 2016): "... el dato de que la cláusula sea clara en su dicción no resta para enjuiciar su carácter abusivo con los elementos que fija el artículo 10y10 bis de la Ley 19/1984y el artículo 4 de la Directiva 93/12en cuanto que genere un desequilibrio en perjuicio del

consumidor atendida la regla de la buena fe. Por un lado, para el caso de demora por retraso en cualquiera amortizaciones del capital ya se imponen respecto a las cantidades impagadas, un tipo de interés de demora significativo de incrementar en seis puntos el tipo de interés nominal anual ordinario y se duplica tal pena con la comisión aplicable por concurrir en mora, lo que implica sancionar dos veces por incurrir en mora, lo que resulta en claro desequilibrio y en perjuicio del consumidor. Por otro, implica un cargo automático por el mero hecho de constituirse en mora, cuando la comisión solo es devengable conforme a la normativa sectorial por la prestación de un servicio que es lo que legitima a tal cobro (que no se explicita en contra de la exigencia de concreción del artículo 10 1 apartado a de la mentada Ley), pero no su aplicación automática. En tercer lugar se fija un importe, prescindiendo del coste particular del servicio (no explicitado) que se presta. Razones por las que dicho pacto resulta nulo por abusivo."

Por consiguiente, en aplicación del artículo 82 del TRLGDCU procede declarar nula por ser cláusula abusiva el pacto de tal comisión. También se puede ver la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2019.

SEPTIMO.- EFECTOS

La parte actora también solicita la devolución de las cantidades **reclamadas**.

Al haberse declarado la nulidad de la cláusula relativa a gastos procede la restitución, conforme distribución efectuada por la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo 46/2019 de 23 de enero de 2019, de la cantidad de **589,1euros** que se corresponden con (mitad gastos notaría, mitad gastos gestoría y gastos de registro)de los que constan debidamente acreditados con la documental obrante en autos, excluyendo el IAJD.

OCTAVO.- INTERESES

Las cantidades a devolver al actor por la entidad bancaria **devengarán interés legal desde la fecha de su pago**. El global resultante devengará el interés legal del artículo 576 LEC desde el día de hoy.

Conforme a la reciente Sentencia del Pleno 725/2018, de 19 de diciembre: "El Pleno de la Sala estima el recurso de casación interpuesto por el consumidor y considera que los intereses se devengan desde la fecha en que pagó los gastos en cuestión. La consecuencia de la abusividad de la cláusula de gastos es, conforme al principio de no

vinculación de la Directiva 93/13 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la propia Sala Primera, que haya de actuarse como si la cláusula nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponda, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio, cuando se trata de la cláusula de gastos, no es directamente reconducible a la norma del Código Civil (art. 1303) que regula la restitución de prestaciones recíprocas entre las partes, pues no se trata de abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver (como intereses o comisiones), sino pagos hechos por el consumidor a terceros (en este caso, a la gestoría y al tasador), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como la declaración de abusividad obliga a restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula en cuestión, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber existido la estipulación abusiva. Aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía. En consecuencia, la entidad bancaria **deberá abonar el interés legal desde la fecha en que el consumidor realizó los pagos**".

NOVENO.- COSTAS

Conforme al criterio del vencimiento objetivo corresponde la imposición de las costas a la parte demandada, por haberse producido una estimación sustancial de las pretensiones de la demanda, y es que, como se ha visto, se ha acogida la pretensión de nulidad de la cláusula de gastos, así como parcialmente la pretensión de condena a la restitución de cantidades abonadas por los gastos reclamados, la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y restitución, la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, la nulidad de la cláusula de vencimiento

anticipado y la nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Cabe señalar al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 26 de julio de 2019: “**En supuestos en que se accede a la pretensión declarativa de varias cláusulas financieras impugnadas con independencia de la restitución dineraria la estimación sería sustancial...Cuando sólo se impugna una cláusula, pero se excluye parcialmente la condenatoria es que se ha producido una estimación sustancial de la demanda si la cantidad estimada supera la suma de la cantidad desestimada**”.

El allanamiento de la parte demandada no influye en su condena en costas ya que consta que hubo reclamación previa por la actora (art. 395 LEC). Al respecto destacar la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 31 de enero de 2020: “**El allanamiento parcial en la contestación no puede enervar la aplicación del artículo 395.1. II de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando falta de coincidencia entre los conceptos cuya restitución reclamaba en el requerimiento extrajudicial y los reclamados en la demanda, porque su pasividad al no reconocer la petición de declaración de nulidad de la cláusula sobre gastos ni tampoco haber reconocido la obligación de abonar determinados gastos, ha provocado la necesidad de presentar demanda**”.

Vistos los preceptos legales y generales de aplicación.

FALLO

Que ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de **DON** [REDACTED] contra la mercantil **BBVA** en consecuencia respecto del préstamo hipotecario de fecha 28 de noviembre de 2005:

1) Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos hipotecarios.

2) Condono a la entidad demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 589,1 euros de principal en aplicación de la cláusula declarada nula más intereses legales desde la fecha de su pago.

3) Declaro nula la cláusula de intereses moratorios teniéndola por no puesta.

4) Declaro nula la comisión de apertura y condono a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad de 1.054,78 euros, mas intereses legales desde la fecha de su abono.



5) Declaro la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado teniéndola por no puesta.

6) Declaro la nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras teniéndola por no puesta.

7) Se condena en costas a la parte demandada.

La cantidad declarada devengará el interés legal del dinero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento Civil desde el dictado de esta sentencia.

Subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) ante este juzgado, el cual no tendrá efectos suspensivos, exponiendo las alegaciones en las que base su impugnación, los pronunciamientos que impugna, y el precepto que resulta infringido el cual será resuelto por la Audiencia Provincial de Alicante.

No se admitirá el recurso a trámite si quien lo pretende no acredita, al interponerlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos de este juzgado 50 euros.

