



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1  
(ANTIGUO MIXTO Nº 1)  
Plaza del Adelantado s/n  
San Cristóbal de La Laguna  
Teléfono: 922 92 42 47-48  
Fax.: 922 92 43 80  
Email.: instancia1.lagu@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
Nº Procedimiento: 0001382/2018  
NIG: 3802342120180003861  
Materia: Condiciones generales de la  
contratación (Acción de cesación, retractación y  
declarativa)  
Resolución: Sentencia 000919/2019  
IUP: CR2018013705

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante		Carolina Garcia Santos	Sonia Gonzalez Gonzalez
Demandante		Carolina Garcia Santos	Sonia Gonzalez Gonzalez
Demandado	Caixabank Sa	Jose Vicente Espinosa Bolaños	Antonio Garcia Cami

## SENTENCIA

En San Cristóbal de La Laguna, a 26 de julio de 2019.

Vistos por el/la Ilmo/a Sr./Sra. D./Dña. JUDITH ISABEL LORENZO BASTIDAS, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 (Antiguo mixto Nº 1) de San Cristóbal de La Laguna los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 0001382/2018 seguido entre partes, de una como demandante

dirigido por el/la Abogado/a CAROLINA GARCIA SANTOS y CAROLINA GARCIA SANTOS y representado por el/la Procurador/a SONIA GONZALEZ GONZALEZ y SONIA GONZALEZ GONZALEZ y de otra como demandada CAIXABANK SA, dirigido por el/la Abogado/a JOSE VICENTE ESPINOSA BOLAÑOS y representado por el/la Procurador/a ANTONIO GARCIA CAMI sobre Condiciones generales de la contratación (Acción de cesación, retractación y declarativa).

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- Por

mediante su representación procesal en autos, se presentó demanda de juicio ordinario contra Caixabank, S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicaba que se dictara sentencia por la que, dicho sea en síntesis, se declare la nulidad de determinadas cláusulas que refleja en su demanda, existentes en el contrato de préstamo hipotecario que une a las partes, con restitución de las prestaciones en los términos solicitados en su escrito rector, más intereses y costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se confirió traslado de la misma y de los documentos presentados a la mercantil demandada, la cual presentó escrito de contestación, en el que, tras los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicaba que se dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, con imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO.-** Cumplido el trámite de contestación, se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 23.07.19, con las finalidades que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). No siendo factible el acuerdo; tras fijar los hechos



controvertidos conforme a lo que se indicaba en los respectivos escritos rectores con las aclaraciones efectuadas en dicho acto, se admitió como única prueba la documental, y no habiendo sido impugnada por los litigantes, conforme al artículo 429.8 de la LEC, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia sin necesidad de previa celebración de juicio. Todo ello, conforme al resultado que consta en soporte audiovisual.

**CUARTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las formalidades y las prescripciones legales a excepción del sistema de plazos por estar la agenda del Juzgado ocupada con otros señalamientos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**CUESTIÓN PREVIA.- CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO.** El presente procedimiento se fijó en el momento de su incoación como de cuantía indeterminada. Tal condición fue impugnada por la parte demandada en el acto de la vista, a efectos de que se considerara el procedimiento de cuantía determinada, por ser cierta la cantidad dineraria solicitada por la parte actora. Tal alegación no puede prosperar, ya que **la cuantía del procedimiento de una demanda de nulidad de los gastos y la cláusula suelo de la hipoteca será “INDETERMINADA”** por lo que **no es aplicable las reglas de los artículos 251 y 252 de la LEC.**

Todo ello por los siguientes motivos:

**1.-** Lo primero que hay que precisar es que **el procedimiento a tramitar no se determinó por la cuantía**, sino por la **MATERIA**.

Se aplicó la regla del **art. 249.1 .5º LEC** , por ejercitarse *“acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*.

El cauce procesal **se determina por la materia, siendo irrelevante la cuantía, aunque sea preceptiva designarla conforme al art. 253.1 LEC**, a efectos de acceso a casación, postulación y **costas**.

**2.-** Para cumplir con la **exigencia de determinar la cuantía**, el **art. 253.1 LEC** remite a los preceptos que le preceden, los **arts. 251 y 252 LEC** .

Debe determinarse la cuantía con claridad y precisión según el **art. 253.2**, sin que sea posible *“hacer recaer sobre el demandado la carga de determinar la cuantía”*. Si no fuera posible hacerlo, el **art. 253.3 LEC** dispone el remedio, que es entender de cuantía indeterminada según el **art. 253.3 LEC**.

**3.-** La demanda pretende de un lado la declaración de nulidad de la cláusula gastos y de la cláusula suelo del préstamo hipotecario, y de otro, se reclamaba que, en consecuencia, se condenara al Banco a abonar las cantidades que se pagaron como consecuencia de la aplicación de la cláusula previamente declarada nula.

**Si no hay nulidad no hay condena a cantidad**, de modo que **no se trata de dos acciones acumuladas**, ni siquiera de forma subsidiaria. La reclamación de cantidad es tan solo la consecuencia de la nulidad pretendida, que es el objeto esencial del litigio.

**4.-** Hay que insistir que siendo esos los términos de la causa petendi y petitum del consumidor



demandante, **no hay dos acciones, sino una sola**. Lo que pretende el demandante es la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula que contiene el préstamo con garantía hipotecaria. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio, que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión.

Por tanto, no es aplicable el **art. 252.2 LEC**, que regula la pluralidad de objetos, porque no hay acciones acumuladas (la segunda petición no puede plantearse sin que previamente se estime la primera), sino una sola, la petición de nulidad por abusiva de la cláusula que acarrea la consecuencia dineraria que se expone en la petición.

**5.- El art. 253.3 LEC se aplica si “el actor no puede determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico”.**

No es posible identificar el objeto del pleito, que es la nulidad de la cláusula, con sus consecuencias, que sí revisten interés económico determinable.

De hecho es posible presentar un primer procedimiento sólo para reclamar la nulidad de la cláusula, sin reclamar las consecuencias económicas que deriven del mismo que se reservan para otro posterior (SAP León, Secc. 1ª, 26 mayo 2017, rec. 226/2016).

Ese proceso que sólo persigue la nulidad debe también concretar la cuantía, por exigencia del **art. 253.1 LEC**, siendo lo más coherente que, al versar sobre una cuestión jurídica, se **considere indeterminada**.

Obtenida la declaración de nulidad, si no hay satisfacción porque el banco no la ofrece, es posible formular nueva demanda, ésta de exclusivo objeto económico, y por tanto de la cuantía que dispone el **art. 251.1ª LEC**, lo que puede afectar incluso a la competencia objetiva.

**6.- No siendo aplicables las reglas de los arts. 251 y 252 LEC**, el procedimiento que versa sobre una cuestión jurídica, la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, **DEBE CONSIDERARSE DE CUANTÍA INDETERMINADA** conforme al **art. 253.3 LEC**, lo que es relevante para aplicar por el Letrado de la Administración de Justicia la regla del **art. 394.3 LEC** en el momento en que se **tasen las costas**.

#### **PRIMERO.- RESUMEN DE HECHOS.**

1.- Ejercita la parte actora la acción de nulidad de pleno derecho de determinadas cláusulas, con solicitud de devolución de las cantidades cobradas indebidamente, poniendo de manifiesto en su demanda, dicho sea en síntesis y a los efectos fundamentales que nos ocupan, que: La parte demandante firmó con CAIXABANK, S.A., contrato de préstamo hipotecario de fecha 14.11.02 y novación de fecha 27.08.09; y, entre otras estipulaciones, se incluía una cláusula de gastos en la que, sin equilibrio ni negociación alguna, imputa todos los gastos e impuestos de la operación a la parte prestataria (QUINTA); y una cláusula suelo del 3,95%, con un techo del 10% (TERCERA BIS) en la escritura inicial, y una cláusula suelo del 3%, con un techo del 9% en la novación; asimismo solicita la nulidad de la cláusula de comisión por modificación contractual del 0,50% sobre el saldo de capital pendiente impuesta en la novación de fecha 27.08.09; cláusulas nulas del pleno derecho por abusivas.

2.- La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora argumentando, dicho sea igualmente en síntesis y a los efectos que ahora nos interesan, que la parte prestataria fue debidamente informada de todas las condiciones financieras del préstamo; las cláusulas fueron negociadas y no son, por tanto, abusivas.



## **SEGUNDO.- SALVAGUARDA DE LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU PRIMACIA SOBRE EL DERECHO NACIONAL, CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, COMO OBLIGACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES.**

Para el análisis de la cuestión debatida, referida a la existencia de cláusulas abusivas en la contratación entre profesionales y consumidores, efectuaremos las siguientes consideraciones previas:

1.- En nuestro caso, no consta que la parte actora dedicara el importe del préstamo a su actividad empresarial o profesional, por lo que será de aplicación la normativa protectora de consumidores y usuarios y la jurisprudencia que la interpreta, con clara primacía y aplicación directa de la normativa europea y de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), frente al Derecho interno. En este sentido, y aunque no hubiere sido necesario hacerlo, el artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la última reforma, en vigor desde el 01.10.15, ya recoge de forma expresa que: *“Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”*. Lo que supone dos mandatos imperativos para Jueces y Tribunales nacionales: 1) la aplicación del Derecho de la UE; y 2) su aplicación conforme a la jurisprudencia del TJUE.

2.- En este sentido, con respecto a que los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al carácter vinculante con eficacia “erga omnes” de esta última, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 24.02.17, viéndose obligado a rectificar su propio criterio con respecto a la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Y lo hace en los siguientes términos:

*“Resolución del único motivo de casación. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación.*

*1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 (LA LEY 1327/1978); 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 (LA LEY 4220/1987); y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06 (LA LEY 141295/2010),) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero (LA LEY 1476-JF/0000); 58/2004, de 19 de abril (LA LEY 1260/2004); 78/2010, de 20 de octubre (LA LEY 187984/2010); y 145/2012, de 2 de julio (LA LEY 106691/2012), entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980 (LA LEY 323/1981)).*



Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/00 (LA LEY 1910/2003), y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 (LA LEY 165611/2010); de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145 (LA LEY 26965/2016); y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14)."

### **TERCERO.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA CLÁUSULA SUELO Y CONSECUENCIAS**

1.- Tras la sentencia de Pleno de 09.05.13 del Tribunal Supremo nadie puede poner en tela de juicio el carácter de condición general de la contratación de las cláusulas suelo. La meritada sentencia llegó a la conclusión de que las cláusulas suelo no era transparentes, procediendo a la declaración de nulidad de las mismas y condenando a las entidades financieras a su eliminación del contrato, por los siguientes motivos:

"a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

e) Inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad."

Por lo demás, recordar lo dicho por la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 08.06.17, con respecto a estos criterios:

"En el auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la sentencia 241/2013, declaramos que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. Pero que no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra.



*Tampoco determinaba que la presencia aislada de alguna, o algunas, fuera suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios."*

...

*La trascendencia de esta cláusula,..., consiste en que el préstamo concertado por la demandante y su marido no era propiamente un préstamo a interés variable, en el que las variaciones del índice de referencia, el euribor a un año, podían beneficiar a cualquiera de las partes del contrato, sino que, en la práctica, era un préstamo en el que la variación del índice de referencia solo podía beneficiar al banco, pues aunque el euribor bajara significativamente, los prestatarios apenas podrían beneficiarse de tal bajada, mientras que si el euribor subía, los prestatarios se verían perjudicados por tal subida.*

*Es llamativo que, pese a lo expresado, la cláusula suelo sea un simple inciso dentro de un extenso y farragoso apartado referido a los intereses del préstamo, que ocupa más de diez páginas, en un préstamo que se oferta, prima facie, como un préstamo a interés variable, referenciado a un índice oficial como es el euribor. Ese simple inciso de apenas unas líneas modifica completamente la economía del contrato. Sin embargo, se le ha dado un tratamiento marginal, puesto que no consta que se advirtiera claramente al prestatario de esa circunstancia cuando se le ofertó el préstamo,..*

*Tampoco es suficiente a estos efectos la utilización de negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública.*

...

*En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia."*

La sentencia del TS que venimos comentando de 08.06.17, también dijo:

*"4.- Con relación a las condiciones generales que contienen la denominada «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario, la aplicación del control de transparencia se inicia en la sentencia 241/2013 y continúa en las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre, 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015, de 25 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 705/2015, de 23 de diciembre, 367/2016, de 3 de junio, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 171/2017, de 9 de marzo.*

*En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el*



*adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.*

*5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.*

*Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”*

2.- En el préstamo hipotecario que nos ocupa se hacen distintas referencias a los intereses ordinarios o remuneratorios del mismo, haciendo mención a conceptos y expresiones oscuras de difícil entendimiento para una persona normal (la parte actora incluida). En definitiva, todo un engranaje de apartados referidos a los intereses ordinarios o remuneratorios que amén de incluir, como de pasada, la cláusula suelo (y decimos bien, sólo de pasada), se involucra y redacta todo un conjunto de literatura financiera que podrá dar a tal contenido cualquier calificativo menos el de sencillez o claridad. En definitiva, toda una serie de páginas involucradas en el concepto “tipo de interés”, que enmarañan y enmascaran, de forma evidente, el contenido de la cláusula suelo, sin que, de tal ubicación entre semejante amalgama de datos que, evidentemente, distraen y distorsionan la atención del consumidor, pueda colegirse, en ningún caso, que dicha cláusula es un elemento definitorio del objeto principal del contrato; y sin que la documentación aportada por la parte demandada ni las advertencias del Notario (de las que luego hablaremos), puedan despejar la cantidad de dudas que tan complicada versión de los intereses establecidos, con su cláusula de limitación del tipo de interés incluida, puede provocar y provoca en el consumidor, en este caso, en la parte demandante.

3.- Como hiciera también la ya referida sentencia de nuestro Alto Tribunal de 09.05.13 y aplicando la mencionada doctrina a nuestro supuesto concreto, tras el análisis de la prueba practicada, hemos de llegar a la conclusión de que la cláusula suelo que nos ocupa, no es transparente, y, por lo tanto, es abusiva y nula de pleno derecho, ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Cuando menos no se ha acreditado por la parte demandada, a quien correspondía tal prueba, que dicha información se hubiere producido debidamente; no cumpliendo esa función informativa ni la documentación aportada por la demandada a su escrito de contestación ni la misma escritura, ni, por ende, las advertencias del notario, dada la complejidad, falta de claridad y sencillez con la que se afronta el redactado del apartado referido a los intereses ordinarios establecidos, como ya quedó dicho.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia 08.09.14 estableció que la lectura de la



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



escritura pública por parte del notario no podía suplir el cumplimiento de este especial deber de transparencia que recae sobre la entidad bancaria. Y posteriormente, se reafirmó en la idea apuntada, al señalar que el momento en que interviene el notario no es el más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada en base a una información incorrecta (STS sentencia de 24.03.15). Lo que ha venido a reiterar en su sentencia de fecha 16.11.2017 en la que hace constar que la labor del notario que autoriza la operación, no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

Por tanto, la posición de la Sala Primera está clara: la intervención notarial aisladamente considerada y la obligación de información y transparencia sobre la cláusula suelo que corresponde a la entidad prestamista no guardan relación de ningún tipo. Y es que las manifestaciones del Notario en la escritura no son acreditativas de que la parte prestataria comprendiera de forma real la trascendencia económica y jurídica de la cláusula suelo, cuyo obligación informativa y actuar transparente correspondía, insistimos, a la entidad prestamista contratante de tal préstamo con la parte prestataria y no al fedatario público, sin que las obligaciones que al mismo pudieran corresponder en la formalización de la escritura suplan, en ningún caso, las obligaciones que para la contratación del préstamo hipotecario correspondían a la entidad de crédito, cuales eran, sin reservas, y en el caso que nos ocupa, que la parte prestataria comprendiera de forma efectiva su posición jurídica en el contrato frente a la cláusula suelo y las consecuencias económicas de la misma, lo que, en ningún caso, puede acreditar la entidad demandada con las advertencias notariales ni con la misma testifical del Notario, cuya intervención no suple, insistimos, las obligaciones contractuales de la entidad financiera en el sentido mencionado.

Por lo demás, no resulta creíble que alguien, a sabiendas, vaya a firmar un pacto perdiendo dinero, como ha sido la pérdida que han sufrido los consumidores con la firma de dichas cláusulas ofertadas por las entidades de crédito bajo la apariencia de que se pactaba un interés variable y que al final se han convertido en préstamos a interés fijo, eso sí, salvaguardando, como siempre, tan sólo, el interés de una de las partes, es decir, el de las entidades financieras que bajo la apariencia de cubrir un techo inalcanzable se garantizaban un mínimo a costa del peculio de consumidores y usuarios.

En definitiva, se creó por la entidad demandada la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirían en una disminución favorable a los prestatarios del precio del dinero, cuando la realidad no ha sido esa, pues al establecer un tipo mínimo de interés (cláusula suelo), dadas las circunstancias del mercado, ha convertido el préstamo a un interés fijo, sin más, beneficiando a la entidad prestamista y perjudicando, claramente, la economía de consumidores y usuarios que no han podido beneficiarse de la bajada del precio del dinero que realmente se ha producido.

No discutimos la posible licitud de las cláusulas suelo, como no lo ha hecho nuestro Alto Tribunal que las considera, en principio, lícitas, pero sí la falta de transparencia e información adecuada por parte, en este caso, de la entidad demandada. Por otro lado, y aun cuando pudiéramos, admitir que la cláusula suelo hubiera podido superar el primer control de incorporación al documento suscrito por las partes, lo cierto y verdad es que lo que en ningún caso superan es el control cualificado de transparencia, ya que no se desprende de la prueba



practicada que la parte actora comprendiera en el momento de celebrar el contrato de préstamo la verdadera dimensión y trascendencia económica y jurídica de la referida cláusula suelo; lo que demuestra, además, que no hubo negociación alguna para el establecimiento de dicha cláusula (cuando menos no se acredita por la parte demandada que la hubiere), sino que le fue impuesta, sin más, a la parte prestataria.

En este sentido, tampoco la existencia de las novaciones nos puede llevar a la consideración y conclusión, con la suficiente certeza probatoria, de que tal comprensión real de la trascendencia económica de la cláusula suelo por la parte demandante, se produjera, ni mucho menos, que la cláusula suelo fuera negociada con la parte prestataria, ni, por supuesto, tampoco, que la entidad de crédito cumpliera, debidamente, con su obligación de informar a la parte prestataria con la transparencia suficiente con el fin de que hubiese comprendido, sin lugar a dudas, la trascendencia económica y jurídica de tal cláusula incluida en la misma.

Y es que en el caso que nos ocupa hablamos de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor; de tal forma que la obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, no pudiendo considerarse, en ningún caso, como una convalidación del contrato anterior, pues no se trata de un vicio subsanable (STS de 16.10.17). Hemos de tener en cuenta que el mantenimiento de una cláusula que ni era transparente, ni fue informada suficientemente, como en este caso, aún cuando posteriormente fuera objeto de modificación a la baja, supondría traspasar las consecuencias negativas de la incorrecta información y transparencia exigidas en la ley; lo que no es de recibo; pues como dice nuestro Alto Tribunal en la referida sentencia (16.10.17), tal novación (aun cuando pudiera considerar la nulidad de pleno derecho de la cláusula subsanable, que no lo es) no podría considerarse, en ningún caso, un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o conformación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación conformativa; pues cualquier modificación posterior no impide a la parte prestataria posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que la entidad demandada ha percibido indebidamente por su aplicación. Por tanto, igualmente, procedería anular la cláusula suelo, aún cuando hubiera sido objeto de rebaja posterior, por derivación, para evitar que una situación ilícita se tenga que mantener durante la vida del contrato, total o parcialmente, con aprovechamiento de la ignorancia no imputable a la parte prestataria.

Y es que el deber y la obligación de información precontractual es tan importante, que ni el hecho de que, en un momento dado, el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende el inmueble, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información suficiente que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario (STS de 24.11.17 y otras posteriores). Ni tan siquiera, sería prosperable, tampoco, la alegación por la entidad de crédito del hecho de que la cláusula suelo proviniera de un convenio con la Administración, lo que no eliminaría la cualidad legal de condición general de contratación de tal cláusula, pues su autoría material resulta indiferente, dado que lo relevante es su utilización e incorporación a una serie de contratos; hemos de tener en cuenta que al final sería la propia entidad prestamista la que predispusiera e impusiera la cláusula en cuestión a los prestatarios, siendo lo relevante, a tal efecto, que la misma fuera,



en todo caso, transparente, lo que no vendría determinado por el Convenio marco, en su caso, sino por la manera en que efectivamente se incluyera en el contrato de préstamo hipotecario celebrado con el consumidor y por el modo, en definitiva, que se informara a éste por la entidad de sus consecuencias jurídicas y económicas (STS de 29.11.17).

Por otro lado, tal y como dijo el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 08.06.17, la regla general será que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en la sentencia que estimó la acción colectiva, salvo cuando consten en el litigio9 circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco (lo que no consta en las presente actuaciones); a lo que añadió que no basta que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional para considerarle un experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo y ser consciente de sus efectos; pues es preciso que en la información precontractual se resalte la existencia de la cláusula y su trascendencia en el desarrollo del contrato.

Queda, clara, por tanto, la necesidad de que la entidad prestamista informe adecuadamente a la parte prestataria, con el fin de que ésta alcance la comprensión real, y sin lugar a dudas, de su carga económica y jurídica en el contrato con respecto a la cláusula suelo; lo que aquí no ha sucedido.

b) Se insertan de forma conjunta ambas cláusulas, suelo y techo, como aparente contraprestación ésta última (cláusula techo) de la primera (cláusula suelo). No resulta necesario ni debe influir en la anulación de la cláusula suelo (en contra de lo que opina alguna jurisprudencia menor aislada) la escasa diferencia entre ésta y la cláusula techo. Efectivamente, ha de considerarse irrelevante la equidistancia o desequilibrio entre suelo y techo, dado que el Tribunal Supremo, como ya se vio, tan sólo considera como criterio para el análisis de la falta de transparencia que las cláusulas suelo se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, sin efectuar conclusión alguna sobre si debe existir más o menos diferencia entre ambas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni la entidad demandada ha acreditado que se efectuaran.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad (caso de existir) o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertaron las mismas (cuando menos no se ha acreditado por la parte demandada, pues a ella correspondía, que tal información se hubiere llevado a cabo en la forma debida y suficiente, no cumpliendo esa misión informativa ni la documentación aportada por la parte demandada, ni la escritura ni las advertencias notariales).

4.- Siendo, por tanto, nula de pleno derecho la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés establecida en el préstamo hipotecario que nos ocupa (que habrá de tenerse por no puesta, como si nunca hubiese existido en el contrato), no cabe hablar en ningún caso de actos propios ni de retraso desleal (lo que se hace extensivo a las cláusulas de las que luego hablaremos; pues la nulidad de pleno derecho es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de



prescripción extintiva ni de caducidad, lo que volveremos a mencionar cuando hablemos de la supuesta caducidad argumentada por la entidad financiera), y corresponde analizar las consecuencias de tal declaración.

5.- En este sentido, la restitución de lo cobrado en exceso por la demandada (consecuencia "ex lege" del artículo 1303 del CC, tras la declaración de nulidad), ha de ser desde la aplicación indebida de la cláusula suelo, por ser contraria a la normativa europea la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 25.03.15 (con claro origen, por ser su base de fundamento, en la de fecha 09.05.13), al establecer como límite temporal con respecto a los efectos retroactivos de tal nulidad, la publicación de la mencionada sentencia de 09.05.13. Así lo ha declarado el TJUE en su sentencia de fecha 21.12.16 (y así lo ha asumido el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 24.02.17, ya referida) en los términos que, debidamente extractados, a continuación se exponen:

*"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión."*

#### **CUARTO.- CLÁUSULA DE GASTOS**

1.- Con respecto a la cláusula de gastos, la parte actora desiste del importe restitutorio referido al 50% de los aranceles notariales (lo que se presenta como lógico y razonable atendiendo al estado de la cuestión de todos conocido, dada la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15.03.18, respecto al IAJD, así como la reciente sentencia de la sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 125/2018 de 18 de abril en la que se sienta como criterio que los gastos relativos a los aranceles notariales deben compartirse por las partes), manteniendo, no obstante, la abusividad de tal cláusula, lo que niega la parte demandada. Por consecuencia de las dos resoluciones mencionadas, se estimará la petición subsidiaria.

2.- Para dar solución a la posible **abusividad de la cláusula** de gastos de la escritura que nos ocupa, partiremos de la sentencia de Tribunal Supremo de 23.12.2015 que a los efectos que ahora nos interesa y debidamente extractada dice así:

"Decisión de la Sala :

*1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*

*El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La 11 transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los*



gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el11 empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo ( artículo 517 LEC ), constituye la garantía real ( arts. 1875 CC y 2.2 LH ) y adquiere la posibilidad de ejecución especial ( art. 685 LEC ). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y12 derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor



se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario ( letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.”

3.- Haciendo nuestras las referidas conclusiones como argumentos propios de esta sentencia, no podemos más que declarar nula por abusiva la cláusula de gastos del préstamo hipotecario que nos ocupa y no solo con respecto a lo solicitado por la parte actora, sino incluso haciendo extensiva tal petición al contenido total de la misma, actuando de oficio este Juzgador como le exige el TJUE; sirva como ejemplo la sentencia de 21.12.16 que nos dice: "En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto."

4.- Y es que una simple lectura de la cláusula de gastos que nos ocupa pone de manifiesto que la entidad financiera de forma indiscriminada, sin equilibrio y sin proporción alguna, provocando una clara desventaja a la parte prestataria en la contratación, atribuye todos los gastos e impuestos de la operación a la misma. Sin embargo, no consta acreditado que dicha cláusula fuera negociada individualmente (prueba que corresponde la entidad demandada) con la parte actora, lo que demuestra que dicha cláusula fue, sin más, impuesta a la parte prestataria, sin reserva alguna; pues, además, resulta evidente que en una negociación individualizada y libre entre los contratantes, la parte prestataria no habría aceptado, de forma razonable, que todos los gastos e impuestos referidos en la cláusula en cuestión correspondieran, únicamente, a la parte hoy demandante.



5.- Se declara, por tanto, la nulidad de pleno derecho de la totalidad de la cláusula de gastos que nos ocupa por ser abusiva (en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15.03.18, ya referida).

#### **QUINTO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS.**

La declaración de nulidad de la cláusula de gastos determina que el juzgador deba efectuar una ponderación dentro de los gastos devengados, determinando en relación con los 13 reclamados por el demandante cuales debería abonar el hipotecante y cuales la entidad bancaria, para lo cual el criterio más preciso es, sin duda, acudir a la aplicación que nuestros tribunales vienen estableciendo en esta materia.

Pues bien, en el caso presente el demandante pide el reintegro de las cantidades siguientes:

a) en concepto de gastos 652,35 euros, de los que:

- 499,90 euros corresponden a Registro.

- 152,45 euros corresponden al 50% de los Aranceles Notariales.

#### **Gastos de Notaría y Registro de la Propiedad.**

En lo que se refiere a los gastos de notaría y de registro debemos estar a lo acordado en la reciente sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 18 de abril de 2018, sección 4ª, cuyo fundamento jurídico tercero pasamos a reproducir: *En lo que se refiere a la impugnación en lo que cuestiona la solución de la sentencia a las pretensiones relativas a los gastos de notaría y de registro hay que decir lo siguiente, también reproduciendo la mentada sentencia de esta Sala (sentencia de 15 de marzo de 2018):*

*“(…) En la doctrina se ha señalado que a favor de la abusividad de esta cláusula que incluía los gastos de notaría y registro a cargo del consumidor se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, argumentando que quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517.2.4ª de la LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2.2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (arts. 681 y ss. LEC); no obstante, esa sentencia añade una reflexión que permite una distribución equitativa de dichos gastos registrales y notariales, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Esta afirmación ha llevado a parte de la doctrina y de la jurisprudencia a entender que no se puede afirmar tajantemente que el Tribunal Supremo haya considerado que, declarada nula la cláusula de gastos, corresponde a la entidad financiera asumir la totalidad de los gastos notariales y registrales. Asimismo, también pone de manifiesto que respecto de los gastos de notaría por la constitución del préstamo hipotecario, el coste de las copias simples recibidas por el consumidor debe ser asumido por éste por ser el receptor; sin embargo, en relación con los gastos de Registro, todos ellos habrían de ser soportados por el prestamista, incluidas las certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad”.*

*Sigue diciendo la sentencia que “ En aplicación de dichos criterios, y si bien se ha llegado a una cierta conclusión prácticamente unánime con relación a los gastos de Registro por las diferentes Audiencias (en el sentido de declarar abusiva la cláusula que repercute al*



prestatario los gastos registrales – a menos que se trate de inscripción de escrituras de ampliación de hipoteca-), no ocurre lo mismo con los gastos notariales que algunas resoluciones consideran que debe abonar por completo el prestamista, otras estiman que ambos por mitad e incluso algunas consideran que corresponden al prestatario.

Al respecto, también se ha matizado en la doctrina que las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva,<sup>14</sup> el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pera esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza, sino que prevalece la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles, atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.

Pues bien, este tribunal entiende que los gastos notariales deben compartirse entre las partes, (la propia sentencia apelada apunta a que debería haberse pactado su pago “de una manera equitativa”) y ello de acuerdo con el criterio de determinadas Audiencias Provinciales; en efecto, se ha señalado en alguna de ellas que el Arancel Notarial establece una norma de primer grado (la obligación de pago incumbe al requirente) y una norma de segundo grado, solo aplicable en defecto de la establecida en primer lugar (el pago por los interesados según las normas sustantivas y fiscales)<sup>d</sup>. Si el régimen establecido por este precepto fuera el de alternatividad de ambas reglas nos encontraríamos con un problema interpretativo irresoluble, en el supuesto de que no coincidieran el requirente con el interesado. El hecho de que sea prácticamente el banco el que aporte la minuta para el Notario, no significa sin más que sea el requirente de la actuación o intervención del notario para redactar un contrato conformado por condiciones generales de contratación, conforme a la minuta aportada por el Banco predisponente.

Para conocer quién es el requirente de la intervención notarial, debe estarse a la prueba practicada, donde goza de singular autoridad el propio contenido de la escritura pública y si se analiza ésta se observa que quienes aparecen en la misma ante el Notario, como comparecientes, exponentes y otorgantes de la escritura pública son ambas partes, prestamista y prestatario, pues ambos mediante actos concluyentes e inequívocos, han patentizado de esta forma que interesan y solicitan la intervención del fedatario público.

Por tanto, y aun en la hipótesis de que aplicásemos la segunda regla prevista en régimen de subsidiariedad por el Arancel notarial para disciplinar la imputación de estos gastos notariales, llegaríamos a la misma solución de pago por mitad entre prestamista y prestatario, conclusión que según otra Audiencia Provincial y “a falta de criterio más ajustado, se considera que la solución más equitativa sería repartir los gastos de la factura de notario que se reclama por mitad entre ambos otorgantes”.

Como consecuencia de la anterior y siguiendo el criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, este tribunal entiende que los gastos notariales, en lo que se refiere a la matriz, deben ser satisfechos por mitad, son perjuicio de que los derivados de las copias corresponda



a la parte que las solicita.

Por el contrario, los gastos del Registro de la Propiedad deben ser sufragados por la entidad prestamista como interesada en la inscripción en la medida en que es constitutiva de la garantía, por lo que no procede atender el recurso de la entidad bancaria en este punto.

Por tanto, corresponde que la entidad bancaria devuelva a la parte actora la cantidad de **499,90** en concepto de gastos de Registro de la Propiedad, y la cantidad de **152,45 euros** en concepto del 50% de los aranceles notariales.

## **SEXTO.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE COMISIÓN POR MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.**

La actora mantiene su pretensión en relación a la nulidad de la comisión por modificación contractual con el argumento de que dicha comisión debe obedecer a la existencia efectiva de gestiones de reclamación. En el presente caso, se establece además, según el recurrente, un importe fijo de 0,50% del capital pendiente, sin justificación.

El artículo 5 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, establece 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 (...). Las comisiones y gastos repercutibles a cargo del consumidor, que la empresa aplique sobre estos préstamos o créditos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo o crédito".*

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (aplicable por razones temporales), en términos similares, prevé la posibilidad de incluir entre las cláusulas financieras, comisiones que respondan a un servicio específico que ha de ser distinto de la administración ordinaria del préstamo.

Interpretando estas disposiciones, el Banco de España, en las memorias anuales sobre reclamaciones, tiene sentados los siguientes criterios sobre buenas prácticas respecto a la comisión de reclamación por posiciones deudoras :

"Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor, lo que no se justifica con la simple remisión de una carta periódicamente generada por un ordenador.

*Es única en la reclamación de un mismo saldo. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación (por ejemplo, notaría).*

*Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales".*

Además, y como criterio adicional, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que " *la aplicación automática de la comisión en estudio no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por*



caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación".

En sintonía con lo indicado, esta juzgadora considera que la entidad demandada no ha acreditado que como consecuencia del cobro de la comisión cuestionada haya realizado gestión alguna por cuenta del cliente.

Tal y como está redactada la cláusula litigiosa, la comisión se devenga por la simple voluntad de la entidad bancaria.

En esta tesitura consideramos que cláusula cuestionada es abusiva por provocar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato, tal y como señala el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU). Esta cláusula está asimismo contemplada como abusiva en el artículo 87.5 LGDCU en cuanto que prevé el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. Por consiguiente, se trata de una cláusula nula, tal y como prevé el artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Este mismo criterio es el que han adoptado otras Audiencias Provinciales entre cuyas resoluciones podemos citar la sentencia núm. 538/2016 de 30 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª; sentencia núm. 442/2017 de 22 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª; o la sentencia núm. 347/2017 de 18 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª.

La declaración de nulidad comporta, tal y como se solicita, la devolución de todas las cantidades que se hayan cobrado por este concepto

#### **SÉPTIMO.- UNA BREVE REFLEXION SOBRE OTROS EFECTOS DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO.**

1.- Teniendo en cuenta que el instituto de la caducidad opera "ipso iure" (STS de 26.09.1997, entre otras muchas); debemos recordar en estos momentos, como ya hicimos en un inicio, que en los casos que aquí se analizan no hablamos de anulabilidad, sino de nulidad de pleno derecho (artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículo 83 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), y en este sentido, la nulidad de pleno derecho es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de caducidad ni de prescripción extintiva, ni puede aplicarse sobre ella la doctrina de los actos propios (ni del retraso desleal), lo que ha reconocido nuestro Alto Tribunal en numerosas sentencias que por conocidas son de ociosa cita.

2.- A lo que se añade que carece de sentido argumentar la aplicación de la doctrina del retraso desleal, pues, de cara a la nulidad de pleno derecho que nos ocupa la andadura jurisprudencial que de forma efectiva ha producido consecuencias en la conciencia de los consumidores a nivel nacional comenzó con la sentencia de Pleno del TS de 09.05.2013 (aquí mencionada), referida a la cláusula suelo y otras posteriores que le siguieron y que incluyeron la nulidad de la cláusula de intereses moratorios y la de vencimiento anticipado, hipotecas multidivisas y otros, incluida la cláusula de gastos, referida, por primera vez, de forma evidente en la sentencia de



Pleno de nuestro Alto Tribunal de 23.12.2015. Además, no hay mayor deslealtad que la utilización de cláusulas abusivas nulas de pleno derecho, que no puede sanar el transcurso del tiempo, en la contratación mercantil con consumidores por parte de profesionales, bajo la argumentación de una aparente inseguridad jurídica (amparándose, de forma insostenible, en el paraguas del transcurso del tiempo); inseguridad jurídica que las mismas entidades financieras han generado con el uso de tales cláusulas que, por ser nulas de pleno derecho, nunca han existido en el mundo jurídico y cuya plenitud de efectos, conforme a la doctrina emanada del TJUE, requiere la total restitución de las prestaciones.

3.- Por todo ello, hemos de concluir que no existe caducidad, ni prescripción, ni convalidación confirmatoria, ni es aplicable la doctrina de los actos propios ni es aplicable la doctrina del retraso desleal, ni mucho menos es aplicable la carencia de objeto en el proceso, aun cuando la hipoteca estuviere cancelada, pues la nulidad de pleno derecho no se sana ni por tal motivo; dado que lo que es nulo de pleno derecho nunca ha existido en el mundo jurídico (nuestro Alto Tribunal ya de antaño ha remarcado la ineficacia absoluta propia de tal nulidad de pleno derecho diciendo que constituye "...la expresión del nada jurídico"; STS 13.02.1985) y como consecuencia "ex officio" (lo que ya se argumentó), debe restituirse lo abonado indebidamente por tal motivo.

#### **OCTAVO.-ESTIMACIÓN DE LA DEMANDA**

Atendiendo a los fundamentos jurídicos anteriores, procede la estimación de la demanda

#### **NOVENO.- COSTAS**

1.- En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte demandada, dada la estimación de la demanda al haberse declarado la nulidad de pleno derecho solicitada por la actora siendo que el desistimiento de cantidades realizado no afecta en absoluto a la dimensión económica de la pretensión inicial, pues no se reclama la partida más elevada de gastos hipotecarios, correspondiente al IAJD, y se estima un importante efecto restitutorio respecto a la cláusula suelo anulada. (artículo 394.1 de la LEC).

2.- Por último, hemos de considerar la doctrina establecida por el Pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 04.07.17 que, condenando en costas a CAIXABANK, tanto de la primera como de la segunda instancia, en un caso de nulidad de cláusula suelo, nos dice:

*"Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado. Las razones en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:*

*1.ª) El principio del vencimiento, que se incorporó al ordenamiento procesal civil español, para los procesos declarativos, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, es desde entonces la regla general, pues se mantuvo en el art. 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.*



2.<sup>a</sup>) *Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.*

3.<sup>a</sup>) *La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio."*

Vistos los artículos citados y demás de aplicación al caso

### **FALLO**

Que **ESTIMANDO** sustancialmente la demanda interpuesta por la parte actora

, mediante su representación procesal en autos, contra la entidad demandada CAIXABANK, S.A., debo:

1.- **DECLARAR y DECLARO** la nulidad de pleno derecho de las cláusula predispuesta como condición general de la contratación, contenida en el contrato de préstamo hipotecario que une a las partes de fecha 14.11.02 y su novación privada de fecha 29.08.09, referida a: a) la cláusula de gastos (QUINTA); b) la cláusula suelo (TERCERA BIS), y c) la cláusula de comisión por modificación contractual; las cuales habrán de tenerse por no puestas, quedando eliminadas del contrato.

2.- **DECLARAR y DECLARO** la subsistencia del resto del contenido del mencionado contrato de préstamo hipotecario.

3.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

4.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora el importe que resulte en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la aplicación de la cláusula suelo, con las sencillas bases de tener en consideración el exceso que por intereses remuneratorios ha abonado el demandante, teniendo en cuenta lo que habría pagado por tal concepto si la cláusula suelo no se hubiere aplicado, con el obligatorio recálculo del cuadro de amortización dirigido a tal efecto (sin compensación alguna de capital, salvo acuerdo de las partes), más los intereses del importe indebido al tipo legal desde el cobro de cada cuota, incrementado en dos puntos desde el dictado de la sentencia.

5.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora en concepto de comisión por modificación contractual la cantidad de **QUINIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS CON VEINTIÚN CÉNTIMOS (575,21.-€)**, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia.

6.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora en



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



concepto de gastos notariales, registrales la cantidad de **SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS (652,35.-€)**, más el interés legal del dinero desde el cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia.

7.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente de la notificación, en el que se deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC). De conformidad con lo dispuesto en el punto 3º de la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, **será necesario acreditar haber efectuado la consignación del depósito de 50 euros** en la Entidad de Crédito o en la Cuenta de Depósitos y Consignación del Juzgado.

Así por esta sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

**LA MAGISTRADA-JUEZ**

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
JUDITH ISABEL LORENZO BASTIDAS - Magistrado-Juez	26/07/2019 - 12:42:26
El código interno del documento es: A05003250-38eea1c4342a2c67b0c9cdfab791564141507892	
El presente documento ha sido descargado el 26/07/2019 11:45:07	



**REMITENTE:** Juzgado de Primera Instancia N° 1 (Antiguo mixto N° 1). San Cristóbal de La Laguna

**DESTINATARIOS**

Nombre	Nº identificador	Identificador
Antonio Garcia Cami	308	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Sonia Gonzalez Gonzalez	255	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL PROCEDIMIENTO**

NIG: 3802342120180003861  
Orden Jurisdiccional: Civil  
Procedimiento: Procedimiento ordinario 0001382/2018

**ACTO COMUNICACIÓN NOTIFICADO**

SENTENCIA TEXTO LIBRE MODELO 2

Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:  
VANESSA UNTIEDT LECUONA - Letrado/a de la Administración de Justicia 26/07/2019 - 13:13:47  
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.